

Claus Roxin

Copia privada para fines
exclusivamente educacionales.
Prohibida su venta

***La evolución de la Política
criminal, el Derecho penal
y el Proceso penal***

m'

**tirant lo blanc
alternativa**

c.01

**LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA
CRIMINAL, EL DERECHO PENAL Y EL
PROCESO PENAL**

LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL, EL DERECHO PENAL Y EL PROCESO PENAL

Claus Roxin

Catedrático emérito Derecho Penal
de la Universidad de Munich

Traducción de

**Carmen Gómez Rivero y
María del Carmen García Cantizano**

Introducción de

Francisco Muñoz Conde

tirant lo blanch

Valencia, 2000

Copyright © 2000

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

© CLAUS ROXIN

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELF.S.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

Librería virtual: <http://www.tirant.es>

DEPOSITO LEGAL: V - 2965 - 2000

I.S.B.N.: 84 - 8442 - 159 - 7

IMPRIME: GUADA LITOGRAFIA, S.L. - PMc

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
--------------------	----

I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN ALEMANIA TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

I. La primera etapa (aproximadamente hasta 1962)	17
1. La fundamentación del concepto material del delito en la ley ética	17
2. La teoría de los fines de la pena	19
3. La posición jurídica del acusado	19
II. La segunda fase (aproximadamente hasta 1975)	20
1. La fundamentación del concepto material del delito en el principio de lesividad social	21
2. La teoría de los fines de la pena	23
3. La posición jurídica del acusado	24
III. La tercera fase (desde 1975)	25
1. El desplazamiento del centro de gravedad del concepto material de delito hacia la prevención general asegurativa	25
2. La teoría de los fines de la pena	28
3. La situación jurídica del acusado	30
IV. Toma de postura	31

II. PROBLEMAS BÁSICOS DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL

I. La teoría final de la acción y la concepción sistemática mayoritaria	37
II. La propia concepción sistemática	44

III. Observaciones sobre el sistema funcional de Jakobs	51
---	----

III. POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL EN LA ACTUALIDAD

I. Introducción	57
II. El significado de las teorías de la pena	59
1. La propia concepción	59
2. El principio teórico sistémico	65
III. Elementos político criminales limitadores de la pena	70
1. La propia concepción	70
2. Dogmática teórico sistémica y limitación de la pena	74
IV. El significado de las cosas	78
1. La limitación de la imputación mediante los hechos	80
2. La naturaleza de las cosas como medio de concreción	83
3. La fuerza configuradora estructural de los sucesos vitales	85
4. La capacidad de acogida de la realidad empírica en las categorías dogmáticas	86
V. El debate sobre el minimalismo	89

ANEXO POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES

I. Preliminares	95
II. La «política criminal» como referencia del sistema dogmático	97

III. Los límites «ontológicos»	111
--------------------------------------	-----

IV. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO PROCESAL ALEMÁN

I. La búsqueda de la verdad y la protección del individuo como central antinomia en el proceso penal. La protección frente a la coacción estatal a la auto-incriminación y la protección de la esfera privada como problemas que se interfieren entre sí.	121
II. <i>Nemo tenetur se ipsum accusare</i> (Nadie tiene que acusarse a sí mismo)	123
1. El derecho del inculcado a guardar silencio	123
2. La instrucción sobre el derecho a no declarar	125
3. El derecho a consultar con un abogado	130
4. La protección frente a una auto-incriminación involuntaria	132
5. La auto-incriminación ante entidades estatales fuera de un proceso penal pendiente	135
6. Los límites de la protección frente a la auto-incriminación	138
a) El procesado como objeto de investigación	139
b) La obligación de permanecer en el lugar del accidente que recae sobre el causante del mismo	140
c) La auto-incriminación en el ámbito privado y por agentes encubiertos	141
d) Declaraciones espontáneas y preguntas informales	144
III. La protección del ámbito privado	145
1. Derechos legales de injerencia	145
2. Injerencia en el ámbito personal no prevista por las normas legales	148
a) La teoría de los dos niveles del Tribunal Constitucional	148
b) La jurisprudencia sobre el núcleo intangible de la vida privada	150

c) La jurisprudencia referida al ámbito privado en general, no al núcleo más íntimo de la persona	153
3. Las «grandes escuchas»	155
IV. Resumen y perspectivas	156

INTRODUCCIÓN

Cuando en 1959 apareció la primera publicación importante de Claus Roxin, su tesis doctoral sobre «Tipos abiertos y elementos del deber jurídico», nadie dudó que en el panorama de la Dogmática jurídico-penal alemana de la postguerra aparecía un nuevo valor que podía dar mucho juego en el futuro. Pero, a diferencia de lo que sucede en otros muchos países, en los que una tesis doctoral, a veces ni siquiera buena, acredita para toda una carrera universitaria y justifica que no se vuelva a hacer otra obra de semejante envergadura en el resto de la vida académica, en Alemania la tesis doctoral no es más que un paso, ni siquiera el más importante, o la puerta de entrada a una carrera universitaria que tiene que ser justificada a lo largo de toda una vida dedicada a la docencia y a la investigación, que se demuestra precisamente con otras muchas publicaciones frecuentemente de más valor científico y, en todo caso, de mayor madurez intelectual que la ya lejana y a veces poco madura tesis doctoral.

En el caso de Claus Roxin, su tesis doctoral, con ser lo mejor que se ha escrito hasta hoy sobre la difícil relación entre tipicidad y antijuricidad como categorías autónomas de la teoría del delito, no fue mas que una muestra de lo que después ha sido una fulgurante y brillante carrera universitaria. Ya en 1962, en un extenso trabajo sobre el concepto de acción, Roxin criticaba los excesos ontológicos del finalismo de Welzel y ponía de manifiesto que la

base de la teoría del delito no podía ser un concepto final, puramente ontológico, de acción, sino ésta tal como se plasmaba en los respectivos tipos delictivos de la Parte Especial. En el mismo año, en su escrito de habilitación sobre *Autoría y dominio del hecho*, el trabajo más completo habido hasta la fecha sobre el tema y que ya en Alemania ha alcanzado siete ediciones, no sólo aplicó y desarrolló la teoría del dominio del hecho como fundamento de las distintas formas de autoría, sino que lo complementó con el criterio de la «infracción del deber» como fundamento de la autoría en los delitos especiales y, en parte, en los delitos imprudentes.

Pero fue en 1970 cuando, con motivo de una conferencia que pronunció en la Academia de Ciencias de Berlín, el 13 de mayo de ese año, expuso un programa metodológico que habría de servir de base a todos sus trabajos posteriores y a su monumental *Tratado*, a punto de culminarse en este año 2000. Las bases metodológicas de este programa, equivalentes en importancia al conocido *Programa de Marburgo* que expuso von Liszt a finales del siglo XIX, son de sobra conocidas: la vinculación del sistema del Derecho penal a las valoraciones político-criminales y la necesidad de elaborar las distintas categorías de la teoría del delito en función de los principios políticocriminales que las informan. El principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general como especial, que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento a la responsabilidad penal.

Coetáneamente con esta monografía, publicó sus primeros trabajos sobre la teoría de la imputación objetiva, en la que consecuentemente con este planteamiento concibe el injusto típico, no como un suceso primariamente causal o final, sino como la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito de protección del respectivo tipo delictivo. Con ello consigue, ante todo, una restricción del ámbito de lo penalmente relevante en una medida políticocriminalmente razonable, principalmente en los delitos imprudentes, limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de riesgos insostenibles para la seguridad de las personas. Igualmente ha contribuido con sus ideas al desarrollo del concepto de culpabilidad, limitándola, y no sustituyéndola o confundiéndola, con criterios preventivos que configuran la categoría que él llama de la «responsabilidad». En su opinión, la responsabilidad penal supone no sólo la culpabilidad del autor, sino, además, la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. La culpabilidad y la prevención, a diferencia de lo que sucede, por ej., en el planteamiento de Jakobs, no se funden en una unidad, sino que se limitan recíprocamente; para Roxin, las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena a un sujeto que no es culpable. Pero la culpabilidad en sí misma tampoco puede legitimar la imposición de una pena, si ésta no es necesaria desde el punto de vista preventivo. Con esta idea ha resuelto y explicado satisfactoriamente en posteriores trabajos casos tan controvertidos como el exceso en la legítima defensa, el estado de necesidad suprallegal o la delincuencia por convicción.

Como culminación de estos y otros muchos trabajos sobre cuestiones centrales de la Dogmática jurídico-penal, publicó Roxin a principios de los años 90 el primer volumen de su impresionante *Tratado*, una de las obras cumbres del Derecho penal del siglo XX, como lo demuestran las tres ediciones que ha alcanzado ya su primer volumen, que está a punto de ser culminado este mismo año con un segundo y definitivo volumen dedicado a las formas imperfectas de ejecución, la autoría y la participación y el delito de omisión.

Pero la obra de Roxin no sólo abarca el Derecho penal material. Como continuador del Derecho procesal penal de Eduard Kern, Roxin se reveló tempranamente como uno de los principales especialistas alemanes en el proceso penal. En sus manos, el *Tratado de Derecho procesal penal* fundado originariamente por Kern, pero ya desde mediados de los años 70 bajo su única responsabilidad y autoría, ha alcanzado casi treinta ediciones y ha sido traducido a varios idiomas. Característica principal del mismo es su decidida defensa de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal y la limitación de la búsqueda de la verdad en el proceso penal por el respeto y salvaguarda de esos derechos, incluso en los casos de grave criminalidad, con lo que opone un valladar inexpugnable a una tendencia legislativa que tanto en Alemania, como en otros países, sacrifica esos derechos en aras de una eficacia en la lucha contra la criminalidad que no siempre se consigue, pero que perfora las garantías básicas del Estado de Derecho.

Es imposible dar ahora en unas pocas páginas una idea, siquiera aproximada, de las innumera-

bles e importantes aportaciones que ha hecho Roxin en estos cuarenta años a la Ciencia del Derecho penal; pero quisiera aclarar las razones que explican la publicación de este libro conteniendo varios artículos en los que resume de forma magistral su posición fundamental sobre las cuestiones que anteriormente he mencionado. En el verano de 1999, Claus Roxin se ha jubilado como Profesor ordinario de Derecho penal, proceso penal y teoría del Derecho, en la Universidad de Munich, a la que llegó en septiembre de 1971, procedente de la Universidad de Gotinga, su primer destino como Catedrático. En este último año he tenido la fortuna de estar con él en muchos eventos científicos y académicos, en los que siempre como gran colofón de los mismos había una conferencia de Roxin, en la que exponía su opinión sobre los temas tratados, generalmente relacionados con cuestiones básicas de las que él se ha ocupado a lo largo de su vida académica en numerosas publicaciones. Así ocurrió en la clausura del *Coloquio sobre la Ciencia del Derecho penal alemana en el cambio del milenio*, que bajo los auspicios de la Max Planck Gesellschaft se celebró en Berlín en octubre de 1999; en el discurso que pronunció en la Universidad Lusiada de Lisboa en marzo del año 2000 con motivo de su investidura como *doctor honoris causa* por dicha Universidad; en la clausura del *Coloquio sobre Crisis y Justificación del Derecho penal* que bajo los auspicios de la Universidad Castilla-La Mancha se celebró en abril de este año en Toledo; y, finalmente, en el ciclo de conferencias que dió en mayo en la Universidad de Lima, donde fue nombrado también Profesor honorario de dicha Universidad. La idea de publicar estas conferencias

conjuntamente en forma de libro salió espontáneamente en nuestras conversaciones y fue secundada por mis discípulas y compañeras, las Profesoras Carmen Gómez Rivero, que se encargó de la traducción de los artículos sobre Política criminal y sobre Sistema del Derecho penal, y María del Carmen García Cantizano, que se encargó de la traducción del trabajo sobre el proceso penal. A ellos he añadido, contando naturalmente con su autorización, que le agradezco, un artículo que sobre el pensamiento de Roxin sobre Política criminal y Sistema del Derecho penal escribió el Profesor Jesús María Silva Sánchez en el libro homenaje que se publicó con motivo de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Barcelona, al que se refiere expresamente el Profesor Roxin en uno de los trabajos que se contienen en este libro. Mi labor se ha limitado, por tanto, a recopilar y editar estos trabajos y a escribir esta breve nota introductoria que dedico, con cariño y admiración, una vez más, a quien durante treinta años ha sido siempre mi maestro, mentor y amigo, al Profesor, muchas veces *doctor honoris causa*, Claus Roxin, uno de los penalistas más importantes del siglo XX.

Sevilla, 3 mayo 2000

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN ALEMANIA TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL*

I. LA PRIMERA ETAPA (APROXIMADAMENTE HASTA 1962)

La primera fase de la política criminal alemana en el periodo de posguerra se caracterizó por el recurso a elementos tradicionales que no fueron desacreditados por la dictadura nacionalsocialista. Si bien de modo distinto, para la reorganización de la Justicia penal se recurrió fundamentalmente a tres concepciones tradicionales.

1. La fundamentación del concepto material del delito en la ley ética

En primer lugar, la jurisprudencia alemana encontró preferentemente el fundamento jurídico del castigo de determinadas conductas en la contravención de los mandatos elementales de una «ley ética», formulada a partir de la doctrina cristiana del

* Traducción de Carmen Gómez Rivero.

Derecho natural¹. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal² fundamentaba el castigo de la omisión de no impedir un suicidio del siguiente modo: «Dado que la ley ética desaprueba enérgicamente... todo acto suicida..., el Derecho no puede admitir que la obligación de auxilio del tercero se diluya en la desaprobación ética de la voluntad suicida». Los padres que toleraban que durante el noviazgo su hijo/a adulto tuviera relaciones íntimas con su novia/o en la vivienda paterna eran castigados con una pena de prisión, algo que el Tribunal Supremo Federal fundamentaba del siguiente modo³: «En la medida en que la ley ética ordena la monogamia y la familia como forma obligada de vida y en la medida en que también la ha convertido en fundamento de la vida de los pueblos y Estados, prescribe al mismo tiempo que las relaciones sexuales sólo deban tener lugar en un contexto monogámico...» Pero también la Gran Comisión de Reforma de Derecho Penal, a la que pertenecían muchos profesores de prestigio, se movía en una línea parecida, en la medida en que, por ejemplo, pretendía castigar la homosexualidad masculina como medio de «conseguir mediante la fuerza ética de la ley penal una barrera contra la expansión de una práctica inmoral...»⁴.

¹ Respecto al resurgir de la idea del Derecho natural en la jurisprudencia del BGH, confróntese Weinkauff, *NJW* 1960, 1689 ss. A título de ejemplo, sobre la vuelta al Derecho natural, véase también Radbruch, *SjZ* 1946, 107.

² GHSt 6, 153.

³ GHSt 6, 53/54.

⁴ *BT-Drucks.* IV/650, 376 s.

2. La teoría de los fines de la pena

La teoría de los fines de la pena se formuló principalmente a partir de la filosofía idealista alemana, que estaba ligada a las doctrinas de la Iglesia⁵. Conforme a ello, la pena sirve a la realización de la Justicia, en la medida en que compensa la culpabilidad del autor (o la «elimina», como decía Hegel⁶) y de esta manera restaura el Derecho transgredido⁷. En definitiva, dominaba la teoría retributiva que da paso a un sistema sancionador estructurado gradualmente. Así la ley conocía la reclusión («Zucht-haus»), prisión («Gefängnis») y arresto («Haft») como tres penas privativas de libertad de diferente gravedad⁸. Porque mientras mayor fuese la culpabilidad del autor, más severa tenía que manifestarse la retribución.

3. La posición jurídica del acusado

La posición jurídica del acusado estuvo determinada de nuevo conforme a las exigencias de un Es-

⁵ Sobre la historia de las teorías de la pena véase Hippel, *StrafR I*, 1925, 459 ss; Nagler, *Die Strafe*, 1928 y más recientemente Kaenel, *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stoss in Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien*, 1981, 28-77; Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987.

⁶ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, 99.

⁷ Hegel, véase nota 6.

⁸ Para más detalles sobre estas formas graduadas de penas privativas de libertad y su sustitución por una única pena privativa de libertad en el 1. StrRG, Roxin, AT, 3 edición, 1997, 4, núm. 31 s.

tado de Derecho, que básicamente ya habían sido formuladas por los pensadores de la Ilustración europea. Por tanto, el acusado fue de nuevo revestido de todos los derechos fundamentales y humanos, que habían sido desconocidos durante la Dictadura⁹. El punto final provisional de esta evolución, que representa al mismo tiempo el momento cumbre de la legislación procesal penal en el Estado de Derecho de la posguerra, lo marcó la llamada Pequeña Reforma del Proceso Penal de 1964, que elaboró en su esencia los derechos del acusado y de la defensa¹⁰.

II. LA SEGUNDA FASE (APROXIMADAMENTE HASTA 1975)¹¹

Esta fase se caracteriza por un considerable alejamiento de la fundamentación filosófica y teológica del Derecho penal y por la vuelta a una concepción secular y pragmática del mismo como instrumento de dominio y control social. De esta forma, pasan a primer plano los conceptos preventivos del Derecho penal, recayendo el centro de gravedad de esta fase en la prevención especial. Esta es entendida

⁹ Por ejemplo, el 136 a) de la StPO, que se orienta a garantizar la dignidad humana en el proceso penal, procede de la amarga experiencia del periodo nacionalsocialista.

¹⁰ Véase, *Kleinlnecht-Fs*, 1985, 355 y a modo de resumen Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25 ed., 1998, 72, núm. 2 s.

¹¹ Detalladamente al respecto, Roxin, como nota 8, 4, núm. 17 ss.

de tal forma que también el delincuente se considera como un ciudadano mayor de edad, al que el Estado ofrece ayuda mediante la socialización y la reintegración social. En particular, esto tiene las siguientes repercusiones en los tres ámbitos señalados ya en la primera fase:

1. La fundamentación del concepto material del delito en el principio de lesividad social

Para la corriente ahora anunciada el concepto material de delito ya no se basa en la ley ética, esto es, en las normas éticas, sino en las necesidades sociales¹². De esta forma, la tarea del Derecho penal se sitúa en la protección de la libertad y la seguridad social del individuo así como en las condiciones de existencia de la sociedad; dicho de forma gráfica: el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de un daño a la sociedad no evitable de otro modo. La tarea del Derecho penal fue limitada, como a menudo se dice hoy, a la «protección subsidiaria de bienes jurídicos»¹³. El resultado fue una considerable limitación del castigo. Ello repercute sobre todo en el ámbito de los delitos sexuales, que se limitan sustancialmente a la protección de la libertad sexual y de la

¹² Con más detalle, Roxin, como en nota 8, 4, núm. 17 ss.

¹³ Al respecto Roxin, *JuS* 1966, 382 (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 13 s); *el mismo*, como en nota 8, 2, núm. 38 ss; Arthur Kaufmann, *Henkel-FS*, 1974, 89 ss.

juventud¹⁴. De esta forma se abolió el castigo de la homosexualidad masculina, el adulterio, la sodomía y el proxenitismo. Bien es verdad que sigue siendo punible la no evitación del suicidio —por retomar una vez más este ejemplo—, pero ya no se basa en la contravención a la ley moral, sino en la posible perturbación psíquica del suicida¹⁵. Allí donde el suicida obre con plena capacidad de responsabilidad, la jurisprudencia renunciará tarde o temprano al castigo de los terceros¹⁶.

El principio de lesividad social tampoco fue un descubrimiento nuevo de este periodo, sino algo retomado del ideario de la Ilustración¹⁷. El modelo del contrato social, según el cual los ciudadanos sólo aceptan el poder estatal para que éste proteja su libertad y seguridad social, ofrecía las bases para la limitación del Derecho penal y su desvinculación de postulados morales y religiosos. Prescindiendo del condicionamiento temporal y de la inconsistencia filosófica de los postulados éticos aceptados entonces como inquebrantables, la evolución fue coherente y correcta, en tanto que la Constitución democrática del entonces Estado occidental alemán se basaba en los mismos principios ideológicos.

¹⁴ Es significativo que la sección 13 de la Parte especial, que antes llevaba por rúbrica «Delitos y faltas contra la moralidad», se intitule ahora «Delitos contra la libertad sexual».

¹⁵ Véase BGHSt 32, 375 s. (el llamado caso Wittig), con más referencias.

¹⁶ Ya en BGH, NJW 1982, 1532, con notas. Comentario de Rippa, NSTZ 1988, 533 se aprecia un claro distanciamiento del BGH St 32, 367.

¹⁷ Detalladamente al respecto, Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, 1 ss, 350 ss.

2. La teoría de los fines de la pena

El fin de la pena se desplaza en esta fase de la retribución a la prevención¹⁸. La idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida ahora por la tarea social de la prevención de delitos. Característico de esta tendencia, que naturalmente sólo se impone en la legislación y jurisprudencia de una forma tímida que aglutina los distintos aspectos de la pena, es el Proyecto Alternativo de 1966, redactado por catorce profesores jóvenes en aquella época, que en su párrafo 2, apartado 1 afirmaba de forma programática: «Las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos y a la reinserción del autor en la sociedad» (esto es, a la prevención general y especial).

Esta reorientación de la teoría de los fines de la pena tuvo importantes repercusiones en el sistema sancionador de la nueva Parte General del Código penal alemán redactada en 1969. Para la graduación de la pena dice ahora expresamente el inciso segundo del apartado 1 del párrafo 46 del Código penal: «Tienen que considerarse los efectos esperados de la pena para la vida futura del autor en sociedad». Entre otras cosas, las distintas penas privativas de libertad que en la época anterior se habían graduado según su intensidad fueron sustituidas por una pena única que ya no estaba graduada cualitativamente, se limitó considerablemente la pena privativa de libertad inferior a seis meses, que

¹⁸ Con más detalle, Roxin, como en nota 8. 4, núm. 20 ss.

era contraproducente para la resocialización, se introdujo la remisión condicional y se contemplaron en la nueva Parte General establecimientos de terapia social orientados exclusivamente a la resocialización¹⁹.

También esta evolución fue correcta y digna de aplauso. El Estado no tiene la misión de realizar ideas y valores por las que cada uno tiene que decidirse por convicción propia, sin necesidad del imperativo legal, para así garantizar su éxito. La pretensión de imponer esas ideas mediante la violencia estatal acaba la mayoría de las veces en la dictadura. La idea de una justicia abstracta no puede realizarse en este mundo. La tarea del Estado es más modesta: debe mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, y la mejor forma posible de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad.

3. La posición jurídica del acusado

Los derechos fundamentales del acusado tampoco fueron desconocidos en esta fase de evolución de la posguerra especialmente sensible a la resocialización, sino que se preservaron en toda su extensión. Esto es digno de mención especial porque la aplicación genuina de un postulado preven-

¹⁹ Detalladamente sobre el contenido de la Reforma, Roxin, como en nota 8. núm. 30 ss.

tivo tiende a un tratamiento coactivo y a penas demasiado indeterminadas que, por tanto, pueden mermar la autonomía individual y la seguridad jurídica. Paradigma de la conciliación de las metas resocializadoras y la garantía de todos los derechos del acusado vuelve a ser el Proyecto Alternativo, que pese a su orientación preventiva afirmaba contundentemente que la pena «no debe superar la culpabilidad del autor» (parágrafo 2 apartado 2 y situaba en primer plano de todos los esfuerzos resocializadores la «autoresponsabilidad» del autor.

III. LA TERCERA FASE (DESDE 1975)

Pese a algunos intentos de recuperación de las concepciones idealistas del Derecho penal, la evolución de los últimos veinticinco años ha estado marcada por orientaciones preventivas. Sin embargo, el centro de gravedad se ha desplazado inequívocamente de la prevención especial a la prevención general. Quiero aclarar este punto al hilo de los tres aspectos que he destacado en las fases de evolución precedentes.

1. El desplazamiento del centro de gravedad del concepto material de delito hacia la prevención general asegurativa

La determinación de los comportamientos que deben estar conminados con una pena experimentó un desplazamiento desde la protección individual a la protección de la colectividad (esto es, del conjunto de la población o de grandes grupos de la mis-

ma). Objeto de los nuevos tipos penales y del rumbo jurisprudencial pasaron a ser preferentemente los delitos económicos²⁰, contra el medio ambiente²¹, responsabilidad por el producto, grandes riesgos industriales²², tecnología genética²³, tráfico de drogas y otras formas de criminalidad organizada²⁴

²⁰ De forma especial la Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica de 15-5-1986 ha introducido un gran número de nuevos preceptos penales, que ante todo tienen en cuenta la evolución técnico económica.

²¹ El apartado 28 (hoy 29) introducido por la Ley 18 de Reforma Penal de la Parte Especial de 23-3-1980 sobre delitos contra el medio ambiente contiene preceptos para la protección de las aguas, el suelo, el aire así como los efectos nocivos del ruido y la radiaciones.

²² El Tribunal Supremo se ha enfrentado con las cuestiones de responsabilidad por el producto en la Sentencia conocida como la del «Lederspray» así como en la llamada «Holzschutzmittel»: Sentencia 37, 106; 41, 206. Respecto a la responsabilidad por el producto y empresarial, véase con más detalle, Bramsen, GA 1993, 97; Kuhlen, NStZ 1990, 588; Samson, StV 1991, 182; Schmidt-Salzer, NJW 1990, 2966; Schünemann, en Breuer y otros, (editor), *Umweltschutz und technische Sicherheit in Unternehmen*, 1994, 137, 163.

²³ La Ley de protección de embriones de 13-12-1990 se refiere a las actividades de tecnología genética y reproducción asistida; al respecto, Keller, JR 1991, 441, *el mismo*, en *Leckner-FS*, 1998, 477; Losch, NJW 1992, 2926, F. C Schroeder, en *Miyazawa-FS*, 1995, 533; Sternberg-Lieben, NStZ 1988, 1.

²⁴ Así, la OrgKV de 15-7-1992, entrada en vigor el 22-9-1992, orientada a la «Lucha contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de criminalidad organizada». Vinculado a ella, la Ley de Mejora para la lucha contra la criminalidad organizada, de 4-5-1998, entrada en vigor el 9-5-1998, ha introducido las llamadas «grandes escuchas acústicas de viviendas. Con más detalles, Roxin, como en nota 10. 72, núm. 22, 24, con más referencias.

y comportamientos similares que se perciben como una amenaza para el conjunto de la sociedad. Con tales hechos delictivos el bien jurídico protegido sólo puede reconocerse a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño.

Si esta evolución es legítima o incluso si conduce al relevo o al menos al complemento de un Derecho penal orientado a la protección del bien jurídico mediante un amplio Derecho penal de disminución de riesgos, es tan controvertido²⁵ como la tesis de que el Derecho penal debe abandonar estos ámbitos nuevos, o que al menos han aumentado considerablemente su importancia, y ceñirse al clásico «Derecho penal nuclear»²⁶. En cualquier caso, este tema constituye un foco de discusiones en la moderna política criminal que dista todavía de resolverse. En general puede decirse que la acentuación

²⁵ Al respecto, Hefendehl, *Strafrecht und Schutz kollektiver Rechtsgüter*, escrito de habilitación aún inédito, 1998; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991; Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 855; Kuhlen, *GA* 1994, 362; Müller-Dietz, *Rud. Schmitt-FS*, 1992, 104; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993; Schünemann, *GA* 1995, 210; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998.

²⁶ Así, W. Hassemer, *ZRP* 1992, 383; en la misma línea, Naucke, *KritV* 1993, 163, 180. En sentido contrario, Lüderssen, *Abschaffen des Strafsens*, 1995, 11; Hirsch, en Hühne/Miyazawa (editor), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 1995, 11 ss; Schünemann, *GA* 1995, 201. Detalladamente sobre la discusión *Roxin*, como en nota 8, 2, núm 26-31.

de las orientaciones preventivo generales conduce a una extensión de la penalidad en todos los ámbitos socialmente relevantes.

2. La teoría de los fines de la pena

También en el ámbito de los fines de la pena ha prevalecido la teoría de la prevención general en gran parte de la doctrina²⁷. Eso se debe a varias razones. En primer lugar, porque una concepción de la pena orientada a la corrección individual se concilia mal con la tendencia descrita de minimizar los riesgos de la sociedad. Los eventuales déficits de personalidad de un autor individual, que además resulta a menudo difícilmente identificable en este ámbito, tienen desde el principio un papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad en su conjunto. Además, las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales²⁸. Ello conduce fácilmente a la resignación y a la vuelta a la prevención general, cuyo éxito bien es verdad que

²⁷ La teoría de la prevención general fue defendida en primer lugar de forma especialmente enérgica por Schmidhäuser, *Von Sinn der Strafe*, 2 ed., 1971 y por Hörster, GA 1970, 272. Hoy puede considerarse mayoritaria sobre todo como teoría de la prevención general positiva. Sobre la discusión de las nuevas premisas preventivo generales, Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, 213 ss.

²⁸ En término medio casi la mitad de los enjuiciados vuelven a reincidir en un periodo de cinco años; véase Kaiser, *Kriminologie*, 3 ed, 1996, 84 núm. 1.

tampoco es demostrable en sentido estricto, pero al menos, en términos de una teoría de lo cotidiano, es plausible desde el punto de vista de la garantía de una seguridad suficiente de la sociedad. Finalmente, también las corrientes sociológicas, como la teoría del sistema social de Luhmann²⁹, han contribuido en la Ciencia penal alemana, fundamentalmente por mediación de Jakobs³⁰, a desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto. La llamada prevención general positiva, esto es, el mantenimiento de y la práctica en la fidelidad al Derecho, representa actualmente en Alemania el papel de la finalidad principal de la pena.

En lo que atañe al autor individual, al que sólo se puede tratar de forma preventivo especial, el postulado preventivo general tiende, si bien no en todas sus facetas teóricas sí en sus repercusiones prácticas, a anteponer la seguridad ante el autor individual y su intimidación frente a la meta resocializadora. En esta línea, el legislador alemán ha intensificado³¹ recientemente los presupuestos de las medidas de seguridad y ha elevado numerosos marcos penales³².

²⁹ Luhmann, *Rechtssoziologie*, vol. I y II, 1972.

³⁰ Paradigma de la prevención general positiva es el Tratado de Jakobs, *Parte Especial*, 2 ed, 1991, 1/1-52.

³¹ Mediante la Ley para la lucha contra los delitos sexuales de 26-1-1998; detalladamente al respecto, Schöch, *NJW* 1998, 1257.

³² Mediante la 6 Ley de reforma Penal de 26-1-1998, entrada en vigor el 26-1-1998; detalladamente sobre la modificación del marco penal, Kress, *NJW* 1998, 634.

3. La situación jurídica del acusado

También es propio de la orientación preventivo general de la época la tendencia a reducir los derechos del acusado antes que a ampliarlos. Este proceso, que se ha desarrollado en Alemania aproximadamente desde 1975, lo ha justificado el legislador la mayoría de las veces en la necesidad de luchar contra el terrorismo y contra la criminalidad organizada, si bien tiene la tendencia a incidir cada vez en mayor número de delitos y en el Derecho procesal penal. Por ejemplo, pese a que el terrorismo dejó de existir en Alemania desde hace algunos años, no se ha derogado ninguno de los preceptos procesales para luchar contra el mismo³³. El número de interceptaciones telefónicas, que como tales están permitidas desde 1968, ha aumentado considerablemente en los últimos años. Desde 1992 también está permitida la escucha de palabras proferidas en público³⁴, desde 1998 está permitido además el control acústico de viviendas³⁵ e incluso se propugna la vigilancia óptica de espacios residen-

³³ Especialmente la Ley de Reforma del StPO de 14-4-1978 ha ampliado las atribuciones policiales de averiguación para el esclarecimiento de hechos terroristas y con ello han disminuido los derechos de la defensa y del culpable; para más detalles, Roxin, como nota 10, 72, núm. 15, con más referencias.

³⁴ 100 c I, II StPO introducida por la OrdKG de 15-7-1992 entrada en vigor el 22-9-1992 (confróntese también la nota 24).

³⁵ 100 c III StPO, introducido por la Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada de 4-5-1998, entrada en vigor el 9-5-1998.

ciales. Los agentes policiales actúan cada vez en mayor medida como agentes provocadores, sin que por lo demás estén sujetos a las limitaciones propias de la actividad policial. En definitiva, el espacio de no injerencia estatal es cada vez más pequeño y el control cada vez mayor.

IV. TOMA DE POSTURA

En el marco de una exposición de una hora sólo es posible esbozar una toma de postura acerca de toda la evolución expuesta. Toda mi obra académica se basa en una concepción político criminal que se corresponde en esencia con la segunda fase de la evolución trazada³⁶, y en ella permanezco todavía. Por las razones ya expuestas, un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social.

El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de «funciona-

³⁶ Respecto a la concepción que defiende, Roxin, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, editor Baumann, 1968, 75; *el mismo*, ZStW 81 (1969), 613 (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 32); *el mismo*, *Strafrechtssystem*, 2 ed., 1973.

bilidad de la Justicia penal»³⁷, así como la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de Derecho —protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad— son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana.

En general, me parece que la evolución en Alemania no respeta de forma suficiente la protección de los derechos de la personalidad del autor. La eficacia de la lucha contra la criminalidad no se vería mermada si el Derecho protegiese mejor la esfera íntima y el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo, renunciando a la interceptación de las comunicaciones en espacios privados y a la provocación de delitos mediante la figura del agente provocador. Existen tantos medios de prueba nuevos, antes desconocidos, como los modernos métodos de pesquisa informatizados y las investigaciones en el área de genética molecular³⁸, que un Estado de Derecho se puede permitir también en las circunstancias actuales garantizar la esfera íntima personal y el principio «nemo tenetur se ipsum accusare».

³⁷ Véase por ejemplo BVerfGE 34, 249; 44, 374; 46, 222; 51, 344; 74, 262.

³⁸ Sobre estos nuevos métodos de investigación véase Roxin, como en nota 10, 10, núm. 17 ss, 33 núm 7, con más referencias.

Pero por su parte, las tendencias opuestas del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social. Porque la norma fundamental alemana, nuestra Constitución, reclama un Estado social (Art. 20.I y 28.I, inciso primero). En este elemento social se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social. El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general³⁹.

Ni decir tiene que la resocialización no es posible en tanto no se haya ensayado todo lo que puede contribuir a un aprendizaje exitoso y a la evitación de efectos desocializadores. Y de alcanzarlo estamos todavía distantes. Por ejemplo, antes incluso de su implantación, ha desaparecido de nuevo del catálogo de medidas del Código penal alemán la previsión de establecimientos de terapia social (parágrafo 65) porque al legislador le parecían demasiado costosos. Hoy existen sólo algunos centros experimentales en el ámbito de ejecución de la pena (parágrafo 9 de la Ley de Ejecución de Penas)⁴⁰.

³⁹ El Estado social y de Derecho no encierra, por tanto, dos principios irreconciliables, sino una unidad dialéctica; al respecto, Roxin, como en nota 36, 1973, 10 ss.

⁴⁰ El nuevo § 9 I StVollzG (introducido por la Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos de 26-

También nuestro Tribunal Constitucional Federal, cuyas decisiones tienen fuerza de ley, se ha hecho eco del principio de resocialización y ha decidido, por ejemplo, que el autor ya condenado no puede ser discriminado en los medios de comunicación social tras el cumplimiento de su pena⁴¹, que incluso el autor condenado a cadena perpetua tiene que conservar la posibilidad de su reincorporación a la sociedad⁴² y que el trabajo en prisión tiene que estar remunerado para que el autor comprenda claramente el sentido y el valor del trabajo reglado⁴³.

La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho. El tiempo de que dispongo me impide precisar en detalle cómo puede hacerse esto. Pero al menos se ha subrayado que a mi modo de ver la única conquista político criminal importante del Derecho penal alemán en los últimos veinte años, la inclusión de la idea de la reparación en el sistema sancionatorio, se basa en la combinación de es-

1-1998) contempla el internamiento en centros terapéuticos de los autores imputables de delitos sexuales en los casos de condena a pena privativa de libertad superior a dos años. Con detalle, Schöch, *NJW* 1998, 1260 s.

⁴¹ BVerfGE 35, 202; al respecto Hoffmann-Riem, *JZ* 1975, 469. Sobre el tema «Proceso penal y medios» véase Roxin, *NStZ* 1991, 153; el mismo, *FS zum 30jährigen Bestehen der Münchener Jurist. Gesellschaft*, 1996, 97.

⁴² Véase BVerfGE 45, 187 m. Bspr. Schmidhäuser, *JR* 1978, 265; Giffel, *DRiZ* 1978, 65; Beckmann, *GA* 1979, 441. A ello corresponde el actual parágrafo 57 a del Código penal.

⁴³ BVerfG *NJW* 1998, 3337.

tas tres metas centrales. El Código penal alemán prevé actualmente en el párrafo 46a⁴⁴ que en caso de conciliación entre el autor y la víctima o de una propuesta seria de reparación⁴⁵ la pena se atenúe e incluso pueda prescindirse de ella si se trata de pena privativa de libertad inferior a un año⁴⁶. Esta regla se basa en parte en las propuestas del Proyecto Alternativo sobre reparación, en cuya elaboración he trabajado. En diciembre del año pasado el legislador alemán ha aprobado preceptos procesales penales que facilitan la reparación y que deben integrarse en la fase instructora del proceso penal.

El atractivo del fomento del instituto de la reparación en Derecho penal radica, en primer lugar, en su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor. De este modo el conflicto se soluciona, se restablece el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del Derecho de una forma clara para la población. Pero también, en la misma medida, la introducción

⁴⁴ Introducido por la Ley de lucha contra la Criminalidad de 28-10-1994.

⁴⁵ AE-WGM, 1992.

⁴⁶ Con más detalle, Brauns, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, 1996, 298; A. Hartmann, *Schlichten oder Richten. Der Täter-Opfer-Ausgleich und das (Jugend-) Strafrecht*, 1995; Kilchling, *NStZ* 1996, 309; König/Seitz, *NStZ* 1995, 1; Loos, *Hirsch-FS*, 1999, 851; J. Meyer, *Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht*, 1997.

de la reparación y la conciliación entre autor y víctima en el sistema sancionatorio es adecuada a las exigencias de prevención especial. Porque el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación también evita las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y, por ello, es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización. Finalmente, entre todas las instituciones con relevancia sancionadora, la reparación y la conciliación entre el autor y la víctima son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor.

La relevancia sancionadora de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es por tanto un ejemplo modélico de la política criminal que definiendo y el motivo por el que hace ya quince años que me he comprometido con ella⁴⁷. Soluciones como ésta abren el camino a una política criminal humana de futuro. Con esto llego al final de mi exposición. Necesariamente ha sido breve y concisa. Pero tal vez puede estimular a una comparación con el desarrollo de la política criminal en otros países. Quizás entonces podríamos reflexionar juntos qué camino debe seguir la política criminal en el próximo milenio.

⁴⁷ Respecto a la reparación en el sistema de los fines de la pena, detalladamente, Roxin, en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, edit, Schöch, 1987, 37; *el mismo* en *Neie Wege der Wiedergutmachung im Strafercht*, edit Eser/Kaiser/Madlener, 1990, 367; *el mismo*, *Baumann-FS*, 1992; *el mismo*, *Lerche FS*, 1993, 301, con más referencias.

II. PROBLEMAS BÁSICOS DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL*

En una hora escasa de exposición es imposible discutir en su extensión los problemas básicos del sistema de Derecho penal. Por ello voy a limitarme a exponer las ideas centrales de mi concepción confrontándolas con otras posturas discrepantes. Mi propuesta intenta sistematizar el Derecho penal desde puntos de vista político criminales y se basa en los principios que he sostenido en el trabajo precedente¹. Además, quiero mostrar cómo mi propuesta de sistematización se diferencia de los otros dos esbozos de sistemas que en Alemania y también en el mundo de habla hispana han tenido influencia en la posguerra: la teoría final de la acción de Welzel y la concepción funcionalista, teórico-sistemática, de Jakobs. En lo que sigue me atengo a una sucesión histórica en la que empiezo con Welzel y acabo con Jakobs.

I. LA TEORÍA FINAL DE LA ACCIÓN Y LA CONCEPCIÓN SISTEMÁTICA MAYORITARIA

La dogmática penal de las dos primeras décadas de la posguerra estuvo marcada en Alemania por

* Traducción de Carmen Gómez Rivero

¹ *La evolución del Derecho penal y la política criminal en Alemania tras la 2-GM*, p. 17.

la doctrina finalista de la acción, elaborada fundamentalmente por Welzel² aunque también desarrollada por sus discípulos, así como por Maurach³ y su escuela. De la misma forma que hicieran las corrientes iusnaturalistas de la posguerra en relación con el concepto material de delito, Welzel intentó asentar el sistema de Derecho penal sobre una base inquebrantable, previamente fijada, situada en el plano del ser, que él ya no encuentra en las normas morales, sino en la estructura final de la acción humana. Dicho en sus propias palabras: «El legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza psíquica, sino que en su regulación tiene que atender también determinadas estructuras lógico-objetivas, de lo contrario su regulación sería falsa. Así, ante todo, la estructura ontológica de la acción es un dato a tener en cuenta en cada valoración y en cada regulación»⁴. De este postulado resulta un sistema que desplaza el dolo como elemento de la acción al tipo y la conciencia del injusto, que antes se había contemplado mayoritariamente como parte del dolo, se separa de éste y se ubica en la catego-

² Fundamentalmente, Welzel, *ZStW* 51 (1931), 703. También se encuentra una introducción en el escrito de Welzel: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4 ed., 1961; *el mismo*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, 33 ss. Sin duda la teoría final en parte está diseñada e influida por v. Weber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, así como por Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 ed, 1950.

³ Aurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4 ed, 1971.

⁴ Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2 ed., 1955, 197.

ría sistemática de la culpabilidad⁵. De ello se deriva la teoría de la culpabilidad, hoy dominante en la teoría alemana del error: porque si el dolo es una forma de manifestación de la finalidad, esto es, el dominio causal, no puede tener nada que ver con las representaciones mentales del autor sobre la licitud o ilicitud de su conducta, algo que sólo es relevante para la culpabilidad⁶.

Pero también la teoría estricta de la culpabilidad defendida por los finalistas⁷, que no se ha impuesto en Alemania, es una derivación del concepto de acción: por ejemplo, quien en una situación de legítima defensa putativa golpea al supuesto agresor realiza una lesión dolosa según la concepción finalista porque domina el curso causal que produce la lesión. Su representación falsa sólo puede adquirir relevancia en sede de culpabilidad. También, por ejemplo, la dependencia de la participación de la existencia de un hecho principal doloso es una conquista finalista: si el autor no obra con dolo y, por ello, no ha actuado típicamente, falta el punto de apoyo necesario para la participación.

⁵ Para más detalles, Roxin, *AT/I*, 3 ed., 1997, 10, núm. 8 s.

⁶ Para más detalles, Roxin, como en nota 4, 7, núm. 39 s.

⁷ Esto ha sido desarrollado sobre todo por Welzel, *SJZ* 1948, Sp. 369; *el mismo*, *JZ* 1952, 596; *el mismo*, *JZ* 1955, 145; *el mismo*, *ZStW* 67 (1955), 196; *el mismo*, *ZStW* 76 (1964) 619. Confróntese Bockelmann, *AT*, 3 ed., 1979, 16 C II; Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960; Armin Kaufmann, *JZ* 1955, 37; Schroeder, en *LK*, 11 ed, 16 núm, 52; Maurach, *AT*, 4 ed., 1971, 37 I D, 38 B 2; Maurach/Gössel, *AT/2*, 7 ed., 42/36, 44/61; Gössel, *Triffterer-FS*, 1996, 93.

Los fundamentos teóricos de la teoría final de la acción no han resistido la crítica⁸. Porque la solución de los problemas jurídicos sólo puede ser siempre el resultado de una valoración de hechos situados en el plano del ser, no obtenerse directamente de éstos. El deber ser no puede deducirse del ser, sino que tiene que basarse en premisas normativas.

Bien es verdad que la teoría de la culpabilidad es correcta en sus resultados. Pero ello no se debe a la finalidad del comportamiento doloso, sino a que quien conoce todas las circunstancias características del injusto, sin que de ellas deduzca la ilicitud de su comportamiento, abandona, al menos por lo que se refiere al núcleo del Derecho penal, el terreno de una orientación conforme al Derecho y, por regla general, merece una pena superior que quien internamente tiene una actitud de respeto al Derecho y sólo se equivoca sobre la situación fáctica⁹.

La teoría estricta de la culpabilidad es errónea también en el resultado al que llega. El que erróneamente cree que concurren los presupuestos de la legítima defensa y golpea al presunto agresor con un golpe dirigido finalmente no puede castigarse por un delito de lesión doloso. Porque las reglas jurídicas conforme a las que obra son intachables y el

⁸ Sobre la crítica de la teoría final de la acción, detalladamente, Roxin, *ZStW* 74 (1962), 515 (=Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 72 ss); resumidamente *el mismo*, como nota 4, 8, núm 19 ss., con abundantes referencias.

⁹ Para más detalles, *Roxin*, como en nota 4. 7, núm. 40, 21, núm. 8 ss.

reproche sólo puede formularse frente a la eventual falta de atención que ha determinado que el autor apreciara esa situación. Pero desde un punto de vista normativo esto representa un reproche a título de imprudencia, no de dolo¹⁰.

Respecto a mi tercer ejemplo, se corresponde al Derecho alemán vigente (parágrafos 26 y 27 del Código penal alemán) y a la doctrina que de forma mayoritaria se tiene por correcta acerca de que la participación presupone un hecho principal doloso. Pero en realidad esta premisa también es altamente dudosa desde aspectos normativos, porque deja impunes comportamientos claramente merecedores de pena¹¹. Quiero aclarar esto de la mano del ejemplo de la fuga del lugar del accidente. Según el párrafo 142 del Código penal alemán, es punible el participante en un accidente que se aleja del lugar de los hechos antes de que transcurra un tiempo razonable. De esta manera se pretende garantizar que los lesionados tengan la oportunidad de efectuar las comprobaciones necesarias para hacer valer su eventual reclamación por daños. Si alguien que no ha participado en el accidente induce cons-

¹⁰ Detalladamente sobre la crítica de la teoría estricta de la culpabilidad, Roxin, como en nota 4, 14, núm. 63 ss., con más referencias.

¹¹ De modo crítico a la solución legal y a favor de suprimir la exigencia del dolo, véase detalladamente Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7 ed., 1999, 367-379; Cramer, en *Schönke/Schröder*, antes del 25, núm 19 s; Schmidhäuser. *StuB AT*, 2 ed, 1984, 10/22 ss; Schöneborn, *ZStW* 87 (1975), 902 ss; 913 ss; se muestra en favor de mantener la solución legal, Samson, en *SK StGB*, antes 26, núm. 27; Stratenwerth, *AT/I*, 3 ed., 1981, núm. 879.

cientemente a error al conductor, que por ejemplo se ha detenido porque ha escuchado un ruido sospechoso durante la conducción nocturna, haciéndole creer que no ha sucedido nada, de tal forma que el autor se aleja sin tener conocimiento de lo ocurrido, el hombre de atrás que no ha participado en el accidente tendría que permanecer entonces impune según el Derecho alemán vigente aunque haya frustrado maliciosamente la finalidad del precepto —el posibilitar la identificación de los daños—. No puede ser autor mediato, porque la autoría requiere la condición de participante en el accidente. Tampoco puede ser inductor, porque el autor ha obrado sin dolo.

Este es un resultado muy injusto, porque el hombre de atrás es tan digno de pena, si no más, que el inductor que castiga el Derecho vigente. En efecto, mientras en éste la responsabilidad principal siempre recae sobre el autor que puede aceptar o rechazar la comisión del delito, toda la responsabilidad se concentra en mi ejemplo en el hombre de atrás, que es quien domina y conoce en solitario el suceso. Que un comportamiento más desvalorado penalmente lleve a la impunidad es algo obligado desde las premisas de la acción final. Sin embargo, esto es incorrecto desde el punto de vista normativo, esto es, bajo aspectos de política criminal, que deberían ser decisivos para el Derecho penal. Por ello, el legislador penal debería suprimir del Código la exigencia de un hecho principal doloso.

La teoría final de la acción tiene actualmente en Alemania tan sólo unos cuantos defensores¹². No

¹² Sobre los defensores anteriores y actuales, véase nota 6.

obstante, sigue siendo relevante, porque en algunos puntos importantes ha ejercido una influencia en la Ciencia penal alemana que posiblemente nunca desaparecerá. Es lo que sucede con la inclusión del dolo en el tipo, con la aceptación en el Código penal (parágrafo 17) de las reglas del error de prohibición de conformidad con la teoría de la culpabilidad y con la contemplación del desvalor de acción como exigencia del injusto, que ha abonado el terreno de la moderna teoría de la imprudencia. Pero todo esto tampoco es debido al concepto de acción, sino que su corrección viene dada desde módulos normativos. De ahí que la teoría final de la acción marque un estadio irrenunciable en el desarrollo de la Ciencia penal alemana de la posguerra¹³.

Esto lo revela también la construcción sistemática hoy dominante en la doctrina alemana, que conjuga el sistema clásico, formulado fundamentalmente a principios de siglo por Liszt¹⁴ y Beling¹⁵, basado en la disociación entre un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva, que conecta con las influencias que han dado paso al concepto normativo de culpabilidad (sobre todo en la forma acuñada por Frank¹⁶), el descubrimiento de los elementos sub-

¹³ En este sentido tiene razón Hirsch cuando defiende las conquistas de la teoría final de la acción, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239.

¹⁴ v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1 ed., 1881 hasta la 26 ed., 1932.

¹⁵ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906; con variantes, *el mismo*, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.

¹⁶ Frank, «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», *FS der jur. Fakultät der Universität Giessen*, 1907, 3 ss.

jetivos del injusto por Hegler¹⁷ y Mezger¹⁸ y sobre todo a las referidas conquistas de la teoría final de la acción. Ello arroja como resultado una combinación ecléctica de distintas premisas de pensamiento y sistemáticas, si bien no puede desconocerse que ocupan un lugar central las tesis más importantes de la teoría final de la acción.

II. LA PROPIA CONCEPCIÓN SISTEMÁTICA

Como es sabido, mi concepción sistemática intenta estructurar las distintas categorías del Derecho penal bajo aspectos de política criminal. Voy a intentar exponer todo esto concisamente de la mano de los postulados básicos de política criminal que expuse y sostuve en el trabajo precedente¹⁹.

1. El injusto penal está sistemática y dogmáticamente condicionado por dos elementos antagónicos del Estado de Derecho: por un lado, la protección del individuo y la sociedad; por otro, la garantía de la libertad de los ciudadanos frente a reacciones desproporcionadas por parte del Estado²⁰. Por tanto, la prevención general y la limitación de la pena dominan el injusto como categoría sistemática. Los aspectos preventivo especiales hacen su

¹⁷ Hegler, *ZStW* 36 (1915), 19, 184.

¹⁸ Mezger, *GerS* 89 (1924), 109 ss; *el mismo*, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926.

¹⁹ *La evolución del Derecho penal y la política criminal en Alemania...*, p. 17.

²⁰ Resumidamente, Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2 ed., 1973, 10 ss.

aparición en la siguiente fase de la elaboración del delito, en la que se trata de la responsabilidad del autor. Ellas no pueden desempeñar ningún papel en el ámbito del injusto, porque aquí se trata de delimitar el comportamiento penalmente prohibido del permitido, sin tener en consideración al autor individual.

La concepción por mí desarrollada y que en Alemania es hoy mayoritaria (con algunas variantes), según la cual el injusto es la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal en el ámbito del alcance del tipo es, desde luego, una concepción preventivo general. Porque la tarea principal del Derecho penal es la evitación de riesgos para el individuo y la sociedad. Basta con traer a colación la discusión sociológica sobre la moderna sociedad como «sociedad de riesgos»²¹ para mostrar que la idea de riesgo se inserta en las amplias coordenadas de la teoría de la sociedad.

Toda la moderna teoría de la imputación objetiva se ha elaborado a partir del principio de «la realización de un riesgo no permitido comprendido en el ámbito típico», desconocida todavía por el finalismo, pero que hoy es la teoría dominante en Alemania y representa la doctrina más importante y con mayor acogida²² en la etapa posterior al

²¹ Resumidamente Roxin, como nota 4, 2 núm. 26-31.

²² Véase Roxin, *Honig-FS*, 1970, 133 (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 123); *el mismo*, *Armin Kaufmann-GS*, 1989, 237; *el mismo*, *Chengchi Law Review*, 1994, 219; Otto, *Maurach-FS*, 1972, 91; *el mismo*, *Wolff-FS*, 1998, 395; Volk, *GA* 1976, 161, 167; Ebert, *JR* 1982, 421; Wolter, *GA* 1991, 531; Jakobs, *AT*, 1991, 7/39 ss;

finalismo. Aquí no puedo exponer en detalle la teoría de la imputación objetiva, por lo que tengo que remitirme a la Parte General de mi Tratado de Derecho penal²³ que ya existe en lengua española y espero que pronto pueda aparecer en Sudamérica; para mi satisfacción, en 1997 se ha publicado en Lima una traducción peruana realizada por Manuel Abanto Vázquez de la teoría de la imputación objetiva contenida en el Tratado. Pero quiero destacar que la teoría de la imputación objetiva junto con la idea de la evitación de riesgos sitúan simultáneamente su límite en lo indispensable desde el punto de vista preventivo general. La exclusión de la imputación penal en el caso fortuito, en los casos de cursos causales completamente anómalos y en los de disminución de riesgos así como la limitación a la finalidad de la norma y al ámbito del tipo suponen límites de responsabilidad penal que son mucho más precisos que los que podían ofrecer los postulados causales y finales de la etapa anterior. De esta forma la teoría de la imputación objetiva se sitúa en el mismo rango que el segundo principio limitador de la responsabilidad penal del ilícito, el principio *nullum crimen sine lege*²⁴.

Prevención general, prevención especial y las limitaciones de ambos principios impuestas por razón de un Estado de Derecho son en mi concepción los criterios dogmáticos rectores de la próxima ca-

Rudolphi, en *SK*, antes 1, núm. 57-81; Lenckner, en *Schönke/Schröder*, antes 13, núm. 91 ss; todos con más referencias.

²³ Roxin, como nota 4, 11, núm. 39 ss.

²⁴ Para más detalles véase también *Roxin*, como nota 4, 5, núm. 1 ss.

tegoría del delito que se fundamenta en el ilícito, designada tradicionalmente como «culpabilidad» y que yo, sin embargo, denomino «responsabilidad»²⁵.

Esto lo entiendo —de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia dominante en Alemania— de tal forma que la culpabilidad del autor representa ante todo un límite a las metas preventivo generales y especiales. La «culpabilidad» no se explica como algo fundamentado en premisas religiosas, éticas o de otro cariz filosófico, sino que es entendida en términos estrictamente jurídicos, como un «comportamiento injusto pese a la «accesibilidad normativa» del autor. Por ejemplo, en el plano normativo, le falta la posibilidad psicológica de cumplir la norma (esto es lo que para mí significa la «accesibilidad normativa» o «capacidad normativa para ser accesible a las normas» («*normative Ansprechbarkeit*») al inimputable (parágrafo 20 StGB) y al que se encuentra en situación de error inevitable de prohibición (parágrafo 17 StGB²⁶). Por razones vinculadas al Estado de Derecho, este tipo de autor tiene que permanecer impune, incluso cuando lo contrario pudiera ser útil para disuadir a la colectividad y fortalecer el Derecho. Las necesidades inquebrantables de seguridad y tratamiento que existen con relación a los inimputables deben satisfacerse mediante medidas que se vinculen a presupuestos es-

²⁵ Detalladamente Roxin, como nota 4, 19, núm 1 ss; *el mismo*, *Bockelmann-FS*, 1979, 279; *el mismo*, *ZStW* 96 (1984), 641; *el mismo*, *SchwZStr* 104 (1987), 356; *el mismo*, *Mangakis-FS*, 1999, 307; *el mismo*, *Brauneck-FS*, 1999, 385.

²⁶ Más detalladamente, Roxin, como en nota 4, 20, 21.

trictos y que en ningún caso pueden representar penas²⁷.

Pero la prevención general y especial también tienen un límite respecto a los autores imputables que no se extrae de la culpabilidad y su medida sino del baremo de lo indispensable desde un punto de vista preventivo²⁸. Quiero aclarar esto con un ejemplo al hilo de la legítima defensa. Lo que aquí está permitido y prohibido tiene que afirmarse en sede de injusto en el interés de la comunidad —esto es, basarse en aspectos generales preventivos—. Si se desconoce esta norma general de conducta, de tal forma que el autor supera los límites de la legítima defensa y realiza un injusto penal, los aspectos preventivos generales del Derecho penal cobran una nueva dimensión. Porque desde un punto de vista preventivo general puede ser necesario prohibir algo penalmente sin que al mismo tiempo las exigencias de prevención general reclamen el castigo de lo prohibido. El legislador alemán ha tenido esto en cuenta al renunciar al castigo del agente en determinados casos de excesos en la legítima defensa, en concreto, cuando el exceso se debe a «confusión, miedo o pánico» (parágrafo 33 del Código penal alemán). El castigo no es imprescindible desde el punto de vista de la prevención general porque el agresor tiene

²⁷ Respecto a la doble vía del sistema sancionador alemán así como al fin y límite de las medidas de seguridad, véase Roxin, como en nota 4, 1, núm. 2 ss, y 3, núm 56 ss.

²⁸ Con más detalle, Roxin, como en nota 4, 19, núm 3 ss; adhiriéndose a él, Wolter, GA 1996, 212; Schünemann, en Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, 1984, 169; Amelung, ebenda, 98; Lackner, *Kleinknecht-FS*, 1985, 262.

la culpa principal por el exceso, porque la colectividad puede comprender una reacción exagerada de pánico sin considerarla como criminosa y porque los hechos que tienen lugar en situación de miedo tampoco estimulan a su imitación. Tampoco está indicada una actuación preventiva especial sobre el agente. Porque su comportamiento no se basa en una concepción antisocial, sino en no estar a la altura de una situación excepcional de cuya existencia no tiene culpa, de tal modo que no son necesarias exigencias legales de aseguramiento o de socialización²⁹.

Conforme a estos mismos aspectos pueden tratarse las circunstancias excluyentes de la culpabilidad, que en el Derecho alemán no sólo tienen naturaleza jurídico-penal³⁰, sino también constitucional (como la actuación por razones de conciencia³¹ y la llamada obediencia civil³²) y supralegal³³ (como la salvación de unos a costa de otros en casos de peligros para la colectividad o la inexigibilidad en los casos de delitos omisivos e imprudentes). Esto ya lo he expuesto en otro lugar y no quiero reiterarlo aquí.

Queda por constatar el resultado de que el castigo presupone en la misma medida la culpabilidad y

²⁹ Detalladamente Roxin, como en nota 4, 22, núm. 68 ss.

³⁰ Véase Roxin, como en nota 4, 22, núm. 1-99.

³¹ Al respecto, Roxin, *Maihofer-FS*, 1988, 389; *el mismo*, como en nota 4, 22, núm. 100-129.

³² Al respecto, Roxin, *Schüler-Springorum-FS*, 1993, 441; *el mismo*, como en nota 4, 22, núm. 130-133.

³³ Más detenidamente, Roxin, como en nota 4, núm. 142-160, con más referencias.

exigencias preventivas y que ambos elementos no sólo fundamentan la pena sino que contienen respectivamente una función limitadora independiente para cada uno de ellos. La pena nunca se puede imponer sin culpabilidad ni superar su medida. Pero concurriendo la culpabilidad tampoco puede imponerse nunca si no hay necesidad de castigo por razones preventivas. Lo novedoso de mi concepción frente a todos los esfuerzos sistematizadores precedentes consiste en esta doble limitación de la pena adecuada a la culpabilidad mediante lo imprescindible preventivamente y de la pena adecuada a la prevención mediante el principio de culpabilidad. Porque las teorías anteriores conocían y todavía hoy conocen en su mayoría tan solo la culpabilidad como presupuesto adicional de la punibilidad junto al injusto. La prevención general y la prevención especial, esto es los objetivos centrales de una teoría de los fines de la pena basada en la política criminal no son para estas concepciones antiguas tema de la dogmática jurídico penal. Por el contrario, para mi concepción la culpabilidad y las necesidades preventivas (generales y especiales) forman conjuntamente la categoría que yo denomino «responsabilidad» (y que ya no se corresponde con la «culpabilidad», porque ésta sólo es un presupuesto necesario pero no suficiente por sí sólo para la responsabilidad). El fundamento de esta sistemática y dogmática reside, por decirlo de nuevo muy resumidamente, en la política criminal que defiende, que se basa en los tres pilares de la prevención general, prevención especial y limitación de la pena por razones de Estado de Derecho.

III. OBSERVACIONES SOBRE EL SISTEMA FUNCIONAL DE JAKOBS

Incluso una contemplación somera del desarrollo de la Ciencia penal alemana quedaría incompleta si no hiciera mención al sistema propuesto por Jakobs, que es original en muchos aspectos y, con razón, es objeto de discusión científica a nivel internacional. Jakobs elabora el sistema más coherente que se ha opuesto al de su maestro Welzel, en la medida en que rechaza por «naturalistas» y «facticistas» los presupuestos de carácter ontológico sobre los que Welzel había construido su sistema y desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social. «La dogmática jurídico penal de base ontológica» quiebra³⁴, dice, y en su lugar hace su aparición un principio preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social. La pena está al servicio del «ejercicio de la fidelidad al Derecho», esto es, a lo que hoy se llama «prevención general positiva» y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales³⁵. En la confrontación con Jakobs esto se ha discutido a menudo al hilo de la «culpabilidad». Culpabilidad y capacidad de culpabilidad no son para Jakobs datos empíricos, como sucede en mi comprensión de la culpabilidad como «accesibilidad normativa», sino que la culpabilidad se le atribuye al autor si el castigo aparece como necesario bajo aspectos generales preventivos³⁶.

³⁴ Jakobs, *AT*, Prólogo a la 1 ed. 1983.

³⁵ Jakobs, *AT*, 2 ed. 1991, 1/4 ss.

³⁶ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 844 s.

Aquí no es posible extenderse en la confrontación con esta concepción³⁷, pero sí quisiera al menos señalar algunas coincidencias y discrepancias respecto a mis tesis sistemáticas fundamentales, con las que tendría que continuar la discusión. Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como «tarea del Derecho penal». Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistémico.

Pero también el método seguido por Jakobs se distancia claramente del mío por la renuncia a la consideración de las circunstancias empíricas. Mientras que yo, por ejemplo, recorro a la «accesibilidad normativa», de posible verificación en el plano psíquico, como base empírica de la imputabilidad, de tal forma que su ausencia permita trazar un límite exigido por razones de un Estado de Derecho a la intervención estatal, Jakobs imputa la culpabilidad³⁸ allí donde la sociedad cree ver la necesidad de la pena y con ello renuncia a una limitación de las intromisiones estatales basadas en razones pre-

³⁷ Al respecto, Roxin, *Mangakis-FS*, 1999, 307; *el mismo*, *Brauneck-FS*, 1999, 385.

³⁸ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 844 ss.

ventivo generales. En términos generales considero «la determinación de la idea por la materia», que ya discutiera Radbruch³⁹, como un método auxiliar fructífero en la elaboración conceptual penal. Así, por ejemplo, mi teoría del dominio del hecho como criterio de la autoría en muchos tipos delictivos, se basa en el principio de que el criterio rector, que en principio es de naturaleza normativa, se descompone después de la mano de las formas reales de aparición del delito, por una sola persona o por varias, en los tres tipos de autoría del dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional con su respectiva estructura diferenciada del dominio⁴⁰. Por el contrario, para Jakobs el dominio del hecho es antes el resultado de una imputación normativa que un hecho fáctico⁴¹.

Otra diferencia sustancial entre mis esfuerzos en el plano dogmático y sistemático y los objetivos de Jakobs reside en que para mí se trata de convertir las premisas de un Estado liberal y social de Derecho en categorías dogmáticas y en soluciones de problemas jurídicos, mientras que en los presupuestos sistemático-teóricos de Jakobs no existe ningún contenido ni orientación político criminal⁴². Desde la perspectiva de Jakobs lo único decisivo es, como él mismo señala, la «fuerza de autoconser-

³⁹ Radbruch, *Rechtsphilosophie (Studienausgabe)*, 1999, 14.

⁴⁰ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7 ed., 1999, 127-305; existe una traducción al español de la 6 ed. de este libro a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, editada en Pons, (Madrid-Barcelona) en 1998.

⁴¹ Jakobs, *AT*, 2 ed., 1991, 21/1 ss.

⁴² Crítico a Jakobs también Schünemann, *GA* 1995, 217 ss.

lación» del sistema: «...la perspectiva funcional no está comprometida con ningún modelo determinado. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreta configuración»⁴³. Incluso el mandato jurídico de que hay que respetar al otro como persona no está contenido como tal en las premisas teórico-sistémicas. Jakobs sólo dice que eso es «conciliable con una perspectiva funcional, aunque también caben otras perspectivas», como demuestra con el ejemplo de los esclavos en el periodo colonial o de «los tiradores del muro» en el anterior régimen comunista de la Alemania del Este⁴⁴. Por tanto, la teoría sistémica como fundamento del sistema jurídico penal es estéril en cuanto al contenido.

En cualquier caso sería errado e injusto predicar esto también respecto al Tratado de Jakobs⁴⁵, que contiene gran número de propuestas originales, inteligentes y fructíferas. Ello se debe a que Jakobs aplica al Derecho penal vigente el procedimiento metodológico y el instrumental conceptual de la teoría social sistémica, cuyos contenidos son deducibles de la Ley y de la Constitución: naturalmente también para Jakobs ellos son obligatorios y tiene que elaborarlos en el plano teórico-sistémico. Su proceso de imputación preventivo general comprende, por tanto, la premisa de la libertad y la dignidad personal de cada individuo (no porque eso tenga que ser así, sino porque la sociedad así lo

⁴³ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 853.

⁴⁴ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 854 s.

⁴⁵ Jakobs, *AT*, 2 ed., 1991. También existe una edición española de este Tratado.

quiere) y sobre esta base Jakobs⁴⁶ llega en muchos ámbitos a soluciones semejantes a las que yo sostengo. Es lo que sucede, por ejemplo, con la teoría de la imputación objetiva y con las causas de exclusión de la culpabilidad, que también él reconduce a la falta de necesidad preventiva del castigo (si bien él, de acuerdo con su premisa, la basa exclusivamente en la falta de consideraciones preventivo generales y no también especiales). De esta forma, encuentro en Jakobs muchos puntos de conexión con mis ideas así como muchas sugerencias fructíferas. Sólo que estas coincidencias se basan no tanto en la teoría sistémica como en lo que Jakobs denomina «la autodescripción» de nuestra sociedad actual⁴⁷. Porque naturalmente de esta «autodescripción» he derivado yo los postulados político criminales que fundan mi sistema.

Con esto voy a concluir. Sólo he podido mostrar el desarrollo de la Ciencia penal de la posguerra desde mi punto de vista personal y ello sólo a grandes rasgos. Pero también esta exposición sesgada y limitada ofrece, según creo, material suficiente para una discusión ulterior.

⁴⁶ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 861, 863 ss.

⁴⁷ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), 850.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL EN LA ACTUALIDAD*

I. INTRODUCCIÓN

El instructivo artículo de Silva Sánchez que se recoge más adelante¹ gira en esencia en torno a los principales temas de la discusión alemana actual sobre la sistemática y la dogmática del Derecho penal así como sobre la función de la pena desde el punto de vista objetivo de un observador extranjero. En particular, él se esfuerza por determinar el lugar que ocupa mi concepción de «la política criminal y el sistema del Derecho penal»² en el debate actual sobre el funcionalismo y los «viejos principios ideológicos europeos»³, pero también entre el

* Traducción de Carmen Gómez Rivero

¹ Véase infra anexo, pág. 95.

² Así reza el título de mi pequeño escrito programático de los años 1970, 1973; ha aparecido también en lengua española (1972), japonesa (1972), inglesa (1973) e italiana (1986); la traducción italiana fue de nuevo editada en 1998. La problemática ha sido tratada a la luz del estado actual en el §7 de mi manual de Parte General (citado infra en nota 5). Véase también más recientemente Roxin, «Zur Kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», *Kaiser-FS*, 1998, págs. 885 ss.

³ Este era el tema de la conferencia de Jakobs y Lüderssen en las *Jornadas de Profesores de Derecho penal 1995*, *ZStW* 107 (1995), págs. 843 ss, 877 ss; véase también la interesante discusión sobre las conferencias, *ZStW* 107 (1995),

ser y el deber ser⁴. En esta sede no es posible desarrollar la temática en toda su extensión. No obstante, me parece oportuno —también como respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por Silva Sánchez— aclarar una vez más mi propia posición y delimitarla de otras concepciones.

Mi punto de partida es, como Silva Sánchez dice correctamente, el esfuerzo por «elaborar la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal». Por tanto, los fines rectores del sistema en su conjunto así como la elaboración de los institutos jurídicos en particular deben ser de corte político criminal. De esta forma, por política criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt⁵, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho. En lo que sigue, al hilo de algunos aspectos que me parecen especialmente impor-

págs. 922 ss. y el exhaustivo artículo crítico a las alternativas de Schünemman, GA 1995, págs. 201 ss, con el que coincido sustancialmente.

⁴ Véase al respecto Moccia, *Il Diritto penale tra essere e valore*, 1992.

⁵ Con más detenimiento, véase Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, págs. 1 ss, 45 s.

tantes (y sobre todo en la confrontación con el postulado teórico sistémico), voy a exponer de forma esquemática cómo influye en la elaboración dogmática un pensamiento estructurador del material jurídico basado en tales valoraciones.

II. EL SIGNIFICADO DE LAS TEORÍAS DE LA PENA

1. *La propia concepción*

Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad, las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta: mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), y mejor aún, mediante ambos a la vez. De ello resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia, que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor. En otro lugar expuse la forma en la que imagino dicha síntesis, al que aquí puedo remitirme⁶.

⁶ Últimamente en el § 3 de mi Manual de Parte General, (título original alemán: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1997: *Zweck und Rechtfertigung von Strafe und Maßregeln* (El mismo epígrafe en la traducción española de Luzón Peña,

Es claro que una teoría preventiva integradora de este tipo encuentra un punto esencial en el Derecho de sanciones y de ejecución. Así, por ejemplo, mi adhesión a la idea de la reparación⁷ se explica por el hecho de que la incorporación de la reparación voluntaria al sistema de sanciones en relación con los delitos de pequeña y mediana gravedad conjuga de forma airosa los aspectos preventivo generales y especiales con la satisfacción de los intereses de la víctima. Lo mismo vale en relación con mis esfuerzos legislativos respecto a la ejecución de las penas⁸. La imposibilidad de que una teoría social constructiva de la pena renuncie al principio tan poco atendido en la actualidad de la prevención especial lo demuestra no sólo su consagración legal en el §46 I 2 StGB, 2 StVollzG. Recientemente también el BVerfG⁹ ha reconducido de nuevo de forma expresa este principio a la Constitución con el ejemplo de la enérgica exigencia contenida en el AE-StVollzG de la remuneración de los reclusos.

Pero las teorías de la pena tampoco pueden permanecer sin consecuencias en el ámbito de los presupuestos de la pena y, por tanto, en la antesala de la dogmática penal. Porque si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su im-

Díaz y García de Conlledo, De Vicente Remesal, *Tratado de Derecho penal*, Madrid 1998: Fin y justificación de la pena y las medidas de seguridad).

⁷ Entre mis numerosos trabajos véase Roxin, «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en Schöch (Hrsg.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, págs. 37 ss.

⁸ He sido corredactor del «Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes», 1973 (AE-StVollzG).

⁹ NJW 1998, pág. 3337.

sición sólo con la culpabilidad del autor. La pena también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo. La necesidad preventiva del castigo, que debe admitirse según el criterio del legislador, se deriva justamente en el caso normal de la configuración de los tipos en un modo que resulta obligado para el intérprete, aunque también aquí la interpretación teleológica tiene que considerar siempre el punto de vista de la necesidad de la pena. Pero sobre todo, la cuestión en torno a la necesidad preventiva del castigo surge en las causas de exculpación, dicho más exactamente: aquélla siempre tiene que considerarse junto con la cuestión relativa a la culpabilidad cuando se trata de los motivos de exclusión de la responsabilidad penal. Si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse.

El legislador ha reconocido y considerado esto perfectamente. La opción por la impunidad prevista en los parágrafos 35 (estado de necesidad exculpante) y 36 (expresiones parlamentarias) del Código penal alemán, sólo puede explicarse en el hecho de que, pese a que en estas situaciones de necesidad existe la culpabilidad, si bien de una forma considerablemente mermada, se renuncia al castigo porque al legislador no le parece necesario ni desde un punto de vista preventivo especial ni general¹⁰. Más allá de esto, la reflexión proporcio-

¹⁰ Este resultado bastante unívoco es a veces discutido. Para la confrontación con mi criterio y respecto a otras

na una valiosa línea interpretativa para los márgenes de las causas de exclusión de la pena que el legislador deja abiertas, o para las que se insertan en el radio de acción de los derechos fundamentales: en el estado de necesidad justificante suprallegal¹¹, en la inexigibilidad, como ocurre en la llamada causa de exclusión de la culpabilidad en la imprudencia¹², así como en los hechos no necesitados de pena por razones de conciencia¹³ y por obediencia civil¹⁴. Así mismo, la impunidad para los casos de desistimiento voluntario sólo puede explicarse a partir de la teoría de los fines de la pena, esto es, en el hecho de que al legislador no le parece necesaria la pena «para apartar en el futuro al autor de la comisión de delitos, para intimidar a otros y para restablecer el orden jurídico lesionado»¹⁵, un reconocimiento que tiene un sentido mensurador para toda la teoría del desistimiento. He expuesto detalladamente esta tesis en otros lugares y puedo remitirme a esas exposiciones. Aquí se trata sólo, para mostrarlo en un resumen gráfico, de cómo la teoría de la pena es sumamente fructífera también

fundamentaciones próximas a la posición aquí defendida, véase Roxin, *Parte General*, §19, núm 3-9.

¹¹ Roxin, *Parte General*, §22, núm 146 ss.

¹² Roxin, *Parte General*, §22, núm 115 s.

¹³ Roxin, *Maihofer-FS*, 1988, págs. 389 ss; resumidamente véase el mismo, *Parte General*, § 22, núm. 10-129.

¹⁴ Roxin, *Schüler-Springorum-FS*, 1993, págs. 441 ss; resumidamente, el mismo, *Parte General*, §22, núm, 130-133.

¹⁵ BGHSt 9,48 ss (52). Más detenidamente y también sobre las correcciones que pueden hacerse a la concepción de los fines de la pena del BGH, Roxin, *Frias-Caballero FS*, 1998 (Buenos Aires), págs. 299 ss.

para la dogmática y el sistema de Derecho penal. Ella contribuye a la solución políticocriminalmente satisfactoria de muchos problemas objetivos y conduce a una nueva concepción de la categoría delictiva tradicionalmente designada como «culpabilidad».

De lo expuesto se deriva también la orientación reformadora de una tal concepción¹⁶. Porque la praxis y también la ciencia orientada a la praxis, bajo la inercia de la tradición, tienden a quedarse a la zaga de las pautas político criminales de la ley y la Constitución. Sin embargo, según entiendo, el progreso de la dogmática reside en su desarrollo. Puesto que el legislador ha dejado (y necesariamente tiene que dejar) muchos ámbitos —sobre todo en la Parte General— a la interpretación concretizadora de la doctrina y la jurisprudencia, la dogmática cuenta con muchas posibilidades de desarrollo, que no tiene, por ejemplo, un modelo ontológico, basado en supuestas estructuras legales eternas, ni un modelo teórico sistémico que describa el *status quo*.

Pero allí donde los fines pretendidos legislativamente no permiten el desarrollo de una política criminal que se reconozca como correcta y deseable, lo no conseguido de *lege lata* tiene que proponerse al legislador como proyecto de reforma. Eso es lo que explica mi trabajo y mi copaternidad en numerosos proyectos alternativos. Esta actividad de reforma política ha acompañado desde el principio hasta el final mi labor activa como profesor y es según mi

¹⁶ Silva Sánchez (supra XX) habla de la acentuación de los «aspectos creativos» del trabajo dogmático.

convencimiento una parte necesaria del trabajo jurídico-científico.

Todavía debe mencionarse un aspecto adicional. Una dogmática orientada políticocriminalmente, como hasta ahora he esbozado sólo para la antesala de la teoría de los fines de la pena, tiene ciertamente que satisfacer las exigencias de prevención general, pero no puede dejar fuera de consideración la concreta situación e individualidad del autor. El legislador penal alemán tiene en cuenta las circunstancias personales —algo que no hacen todos los Ordenamientos jurídicos, pero que se corresponde con la opción liberal de nuestra Constitución— y así lo demuestran por ejemplo el §33 StGB y la regulación tan diferenciada que contiene el §35 StGB. El que otros aspectos que pertenecen al punto de vista del enjuiciamiento individual del autor, como el carácter sumamente personal de los hechos cometidos por razones de conciencia o la contravención de la norma de un ciudadano orientada al beneficio de la comunidad, no pueden quedar desatendidos es algo que ciertamente no se deduce de forma inmediata del Código penal, pero bien puede extraerse de nuestros derechos fundamentales (Art 4,5,8 GG), cuya integración en el arsenal de soluciones a los problemas penales es algo que también pertenece a las tareas primordiales de una dogmática penal orientada políticocriminalmente¹⁷. También en los delitos imprudentes, en tanto que se si-

¹⁷ Véase por ejemplo mi trabajo citado en notas 12 y 13 así como los numerosos trabajos de mi discípulo Wolter; por ejemplo, su contribución en: Coimbra-Symposium, 1995, págs. 3 ss. 14.

túan en los límites de la necesidad de sanción penal, puede tenerse en cuenta la individualidad del caso conforme a las pautas de nuestro Ordenamiento jurídico mediante el tratamiento diferenciado de la causa de exculpación de la inexigibilidad.

2. El principio teórico sistémico

Si se compara la concepción aquí esbozada, en lo que se refiere a sus consecuencias para la teoría de los fines de la pena, con el postulado funcionalista teórico-sistémico que de nuevo Silva Sánchez expone y delimita, tal como en la formulación de Jakobs¹⁸ ha encontrado su acuñación más influyente, puede decirse que ambos coinciden en su punto de partida normativo y en la consiguiente renuncia a cualquier pretensión de fundamentar el sistema penal en regulaciones de corte ontológico: «La dogmática jurídico penal de base ontológica quiebra y tanto más cuanto más conscientemente se la establezca». En lugar de eso tiene que insertarse —también desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal— «en la tarea del Derecho penal»¹⁹.

Más allá de esto no es posible descubrir coincidencias en sus postulados básicos. Como es sabido, Jakobs sostiene una «teoría de la prevención general positiva»²⁰, conforme a la cual, la tarea princi-

¹⁸ El se remite en este punto sólo a la Parte General de *Jakobs*, 1991 y al reciente resumen de su teoría en *ZStW* 107 (1993), págs. 843 ss.

¹⁹ Ambas citas proceden del prólogo a la primera edición del Tratado de *Jakobs*.

²⁰ Jakobs, *Parte General*, 1991, págs. 6 ss.

pal de la pena y del Derecho penal consiste en la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante el «ejercicio en la fidelidad al Derecho». Al principio esto se entendió en general en el sentido de que con ello se hacía referencia a una influencia real psico-social en la conciencia colectiva. Pero entretanto Jakobs ha aclarado que eso no es así, sino que la pena encierra en sí misma su finalidad con independencia de cualquier influencia empírica²¹: «La tarea del Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción con las normas que acuñan la identidad de la sociedad». La pena «no es sólo un medio de mantenimiento de la identidad social, sino que representa ese mantenimiento mismo. El restablecimiento de la identidad social no es la consecuencia del castigo, sino su significado. Por ello las investigaciones empíricas relativas a la prevención general positiva están «siempre un poco fuera de lugar»; no depende de sus resultados. Eso corresponde a una teoría absoluta en el sentido de Kant y Hegel²²; en cualquier caso, ese significado independiente de las consideraciones empíricas reside en la autoafirmación de la sociedad, y no en reverenciar al delincuente como «racional». Puppe habla del «círculo del pensamiento teórico sistemático». Ella lo encuentra en el hecho de que las instituciones y normas que se justifican con él, las que estabilizan el sistema, representan el sistema mismo.

²¹ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), págs. 844 s.

²² También Puppe, *ZStW* 17 (1995), pág. 925 (también la siguiente cita) y Schünemann, *ebda*, pág. 926.

Un postulado de este tipo se asienta más allá de una concepción que sitúa su labor dogmática en el traslado de los premisas rectoras de un Estado liberal y social de Derecho. Es indiferente y abierto en cuanto al contenido²³: «...la perspectiva funcional no está vinculada a ningún modelo determinado. Quien únicamente sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreto contenido». «En una perspectiva funcional sólo interesa» la «fuerza de autoconservación del sistema». La función de la pena y de la dogmática es, por tanto, independiente de la concreta Constitución y de la legislación y puede conectarse en la misma medida con un sistema liberal, colectivo o totalitario. Cada uno de ellos puede, si bien de modo diverso, estabilizarse mediante el Derecho penal.

Con ello, la sistemática y la dogmática desvinculan en gran parte su fundamento teórico jurídico penal de los fines de la pena propios de un Estado liberal y social de Derecho, ya que la única finalidad de la pena es la confirmación del sistema que no se construye sobre un contenido determinado. Sin embargo, de nuevo en la «dogmática real» de Jakobs eso es sin lugar a dudas diferente. Porque naturalmente él también tiene y quiere explicar nuestro Derecho penal no sobre las premisas de cualquier sistema sino de la mano de los objetivos de la legislación alemana de nuestro tiempo²⁴. Ello

²³ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), pág. 853.

²⁴ Véase el prólogo a la primera edición del Tratado donde Jakobs caracteriza su meta como «la sistematización óptima del Derecho penal vigente» y ofrece exclusivamente propuestas de solución practicables.

emparenta a menudo de nuevo su procedimiento con el mío. Así, por ejemplo, él explica el estado de necesidad disculpante (§35 StGB) y el exceso en la legítima defensa (§33 StGB) casi de la misma forma y con los mismos efectos que yo²⁵. Porque también para Jakobs decae la necesidad del castigo «cuando es posible tratar de otra forma la defraudación de expectativas»; y éste es el caso en el ámbito de la exculpación prevista legalmente en estado de necesidad. Por tanto, Jakobs percibe de forma más aguda que la doctrina hoy mayoritaria en qué medida los puntos de vista de la necesidad preventiva del castigo condicionan las llamadas causas de exculpación.

Pero resta todavía la reserva de que en la construcción de Jakobs todo se contempla justamente desde la perspectiva del sistema dominante. De esta forma en la elaboración de Jakobs está ausente la tendencia político criminal orientada a la reforma y en su lugar aparece la descripción sistemática de las respectivas relaciones. Con frecuencia esto se ha criticado apasionadamente²⁶ y el propio Jakobs

²⁵ Véase por ejemplo «Schuld und Prävention», 1976, págs. 20 ss., donde de nuevo se indica el paralelismo de ambas soluciones.

²⁶ Así, Schünemann (GA 1995, pág. 203) dice que la concepción de Jakobs conduce a «una capitulación de la praxis política dominante en la legislación y jurisprudencia». Fabricius («Was ein Lehrbuch lehrt...» 1998, pág. 111 resume su crítica al funcionalismo en la frase «La oposición legítima a Jakobs consiste en que él convierte en normativos sus enunciados sobre el funcionamiento del sistema; esto es, que pasa del conocer al reconocer».

dice²⁷: «probablemente esta descripción carente de emotividad, esta exclusión de la utopía es lo más escandaloso de toda la teoría funcionalista». Pero la elaboración comprometida con la mejora de las relaciones sociales sobre la base de las premisas valorativas de un Estado social de Derecho no tiene por qué ser una utopía. Con razón opina Burgstaller²⁸ que, conforme a su construcción, Jakobs tendría que renunciar a «hacer declaraciones sobre cómo tiene que diseñarse el Derecho penal». En cuanto «descripción de la situación dada» «la premisa de Jakobs puede resultar satisfactoria en buena medida. Sin embargo, no sirve para la solución de problemas concretos debido a su alto grado de abstracción...»

Todavía resta la objeción, vinculada a las observaciones anteriores, de que evita cualquier declaración de contenido sobre las ventajas de uno u otro sistema. Así, Jakobs opina que el mandato jurídico de respetar a los otros en cuanto personas es «perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque también son posibles otras» (como lo demuestra el ejemplo de los esclavos en la época del colonialismo americano y los tiradores del muro en la DDR²⁹). Frente a esto, la política criminal que defiende y que he hecho fecunda en el plano dogmático se basa en los concretos contenidos de la vieja Ilustración europea, en la medida en que han encontrado acogida en el sistema de valores de la Constitución y de nuestra legislación penal. Por tanto,

²⁷ Jakobs, *ZStW* 107 (1995), pág. 867.

²⁸ Burgstaller, *ZStW* 107 (1995), pág. 925.

²⁹ Jakobs, *ZStW* 107 (1995) págs. 854 s. 1414.

no puedo asumir el funcionalismo en la medida en que deja a un lado el pensamiento políticocriminal de finalidad racional basado en los principios de un Estado social de Derecho y aparece como un mero sistema teórico carente de contenido³⁰.

III. ELEMENTOS POLÍTICO CRIMINALES LIMITADORES DE LA PENA

1. La propia concepción

Conforme a la situación jurídica y constitucional actual la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, como ya se subrayó al principio, a la política criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas³¹. En el ámbito de la concepción que defendiendo ello repercute de cinco modos, que aquí sólo pueden indicarse esquemáticamente.

³⁰ Un análisis a fondo de la capacidad de rendimiento para el Derecho penal de las cuestiones teórico sistémicas no es el tema de este trabajo, orientado a clarificar la propia posición. Con todo, se hace indicación de la crítica objetiva a la «reformulación teórico sistémica del Derecho penal» de Jakobs realizada por Stübinger, *Kritische Justiz* 1993, págs. 33 ss. quien llega a la conclusión de que «la sociología teórico sistémica no es adecuada... para proporcionar una legitimación suficiente del fundamento del Derecho penal».

³¹ Silva Sánchez reconoce y pone de relieve correctamente esta intención.

En primer lugar, el principio básico del *nullum crimen sine lege* es un punto de vista rector para la categoría de la tipicidad en la tarea de interpretación y sistematización con importantes consecuencias no sólo para la interpretación de los elementos típicos en particular, sino también para la diferencia entre los delitos de acción y los consistentes en la infracción de un deber así como para la teoría de la omisión, autoría, participación y dolo. Esto lo he expuesto ya con detenimiento en «Política criminal y sistema de Derecho penal»³².

En segundo lugar, la teoría de la imputación objetiva es un medio político criminal obligado sobre todo en la delimitación típica de los delitos de resultado (homicidio, lesiones) cuya redacción típica al no estar estructurada por otras circunstancias experimentan la preceptiva restricción mediante la teoría de la imputación. De esta forma, la acción de matar no es simplemente la realización causal o final del resultado de la muerte sino la creación y realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito del tipo. Mis «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Derecho penal»³³, que han contribuido al resurgimiento de la teoría de la imputación objetiva y a su posterior triunfo en la dogmática alemana, representaron para mí desde el principio partes de un programa político criminal de corte normativo opuesto a los modelos siste-

³² Roxin, 1970, 1973, págs. 16 s.14

³³ Roxin, primero en *Honig-FS*, 1970, págs. 133 ss. Después en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* 1973, págs. 123 ss. (existe una traducción española de Luzón Peña, con el título *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid 1976).

máticos de corte ontológico, contra los que se ha dirigido mi «Crítica de la teoría final de la acción»³⁴. Al mismo tiempo, el tipo, a partir de la función del Derecho penal, se estructura para proteger al individuo y a la comunidad de los riesgos que son inadmisibles desde el punto de vista político social³⁵.

En tercer lugar, entiendo que con las causas de justificación se trata de la elaboración de los principios de ordenación social, con ayuda de los cuales pueda resolverse de la forma más beneficiosa para la colectividad y el particular implicado la colisión de intereses ínsita a todas las causas de justificación³⁶. Ciertamente, dado que las causas de justificación rigen más allá del Derecho penal, esa es una tarea política-social; pero también tiene carácter político-criminal, en la medida en que se trata de la impunidad o del castigo de comportamientos típicos. En esta medida la tarea de las causas de justificación es, por tanto, la adecuada limitación del castigo de las conductas típicas.

En cuarto lugar, en la categoría delictiva de la responsabilidad, el principio de culpabilidad es el instrumento político criminal más importante para la limitación de la pena. Ciertamente la culpabili-

³⁴ Roxin, *ZStW* 74 (1962), págs. 515 ss. Después en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, págs. 22 ss. (existe una traducción española, como en nota anterior).

³⁵ Con más detalle, véase mi trabajo «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», *Kaiser-FS*, 1998, págs. 885 ss.

³⁶ Véase al respecto mi *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, 1973, págs. 24 ss; *Parte General I*, 1997, § 7, núm. 62-644; §14, núm 41.14

dad actúa al mismo tiempo fundamentando la pena, ya que sin ella y su medida no puede ser impuesta. Sin embargo, la tarea de la pena es preventiva, porque no debe orientarse a retribuir, sino a evitar la comisión de futuros delitos. En cambio, políticocriminalmente la culpabilidad sólo tiene la función de limitar la medida en que deben perseguirse las metas preventivas para limitar la libertad de la voluntad individual. Desde un punto de vista políticocriminal de ello resulta el principio de la doble limitación que es característico de mi sistematización de la categoría de la responsabilidad: la pena nunca puede imponerse sin una legitimación preventiva, pero tampoco sin culpabilidad o más allá de su medida. La pena por la culpabilidad resulta limitada por lo imprescindible desde un punto de vista preventivo, la prevención resulta limitada por el principio de culpabilidad.

Finalmente, en quinto lugar, los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de pena y excluir el castigo en el ámbito de lo tolerable desde un punto de vista preventivo, actuando entonces como causas de exclusión de la responsabilidad. Yo he intentado desarrollar esto en el ámbito de los hechos realizados por motivos de conciencia y en la obediencia civil al hilo de los ejemplos del art. 4,5 8 GG³⁷. La integración de los derechos fundamentales en el sistema de Derecho penal, que aquí debe demostrarse, es una tarea político criminal prácticamente desatendida hasta la fecha por la ciencia del Derecho penal.

³⁷ Véase al respecto las referencias supra nota 12 y 13.

En conjunto, resulta que una dogmática penal basada en consideraciones políticocriminales no es sólo, pero sí fundamentalmente, una Ciencia limitadora de la pena³⁸.

2. Dogmática teórico sistémica y limitación de la pena

Cuando Jakobs asigna a la pena el significado de restituir la identidad de la sociedad, parece perderse con ello la tarea limitadora de la pena de la labor dogmática. Naucke también ha objetado³⁹ que en Jakobs no puede descubrirse el viejo principio de que «en Derecho penal se trata de la relación entre la violencia estatal y la libertad individual». Esta es una cuestión de los principios ideológicos que él profesa frente al funcionalismo.

En esto hay mucho de cierto. Mi propia posición expuesta más arriba con su insistencia en la tensión y equilibrio entre los intereses de injerencia y libertad se inserta en la tradición de los viejos principios ideológicos europeos, mientras el postulado teórico sistémico subraya exclusivamente el interés por la estabilización de la sociedad y con ello tiene que percibir los derechos de libertad, que se oponen al «poder», como factores perturbadores.

Pero de la misma forma que sucede con las deducciones teórico penales, esto vale sólo para los niveles de abstracción más altos de las premisas teórico sistémicas que no se vinculan a contenido

³⁸ Como dice Vormbaum, *ZStW* 107 (1995), págs. 734 ss (746).

³⁹ Nauke, *ZStW* 107 (1995) pág. 927.

alguno. En la elaboración dogmática del Derecho vigente Jakobs quiere explicar el Derecho de nuestra sociedad liberal y para ello también juega un papel el individuo libre en la medida en que «define la autodescripción de la sociedad»⁴⁰. Por tanto, también Jakobs renuncia a la imputación cuando el sistema lo quiere (con una «regulación social de la comunicación a los ciudadanos libres»)⁴¹ y cuando las condiciones de existencia sociales así lo permiten. De esta forma, Jakobs llega en no pocas ocasiones a resultados que coinciden con mis propuestas⁴², como por ejemplo, cuando exculpa el hecho cometido por razones de conciencia en la medida en que el «déficit de socialización» del autor desde el punto de vista teórico sistémico pueda «explicarse haciendo abstracción del autor sin daños para el ordenamiento jurídico». También en relación con la imputación objetiva la búsqueda de otras posibilidades explicativas y de ámbitos de competencia se muestra como un postulado fructífero para una exclusión de la imputación⁴³.

Ciertamente, también en relación con la limitación de la pena, la diferencia con el postulado que

⁴⁰ Jakobs, ZStW 107 (1995), pág. 850.

⁴¹ Jakobs, ZStW 107 (1995), pág. 898.

⁴² Como indica el propio Jakobs, por ejemplo, *Allgemeiner Teil*, 1991, 20/22, nota 33.

⁴³ Incluso cuando no se simpatice con la teoría sistémica social como fundamento del Derecho penal y de su teoría general, eso no obsta a que Jakobs sea uno de nuestros grandes dogmáticos. Es parecido a lo que su sucede con su maestro y antípoda *Welzel*: aunque se considere fracasado el intento de sostener el sistema de Derecho penal sobre la teoría final de la acción, hay que reconocer que Welzel fue un relevante e influyente dogmático del Derecho penal.

aquí se defiende radica de nuevo en que Jakobs hace depender exclusivamente el criterio para trazar los límites de libertad en el Estado de Derecho de las respectivas relaciones. «Si la sociedad realmente se desliza hacia una limitación de los derechos de la libertad, eso no sólo es en el Derecho penal... Si se trata de un exceso de criminalización innecesario o de la necesaria defensa de un contenido mínimo, sólo puede determinarse en un plano político, pero no al nivel de la Ciencia del Derecho penal⁴⁴. Aquí resulta evidente el punto de divergencia. Porque quien se orienta a los postulados político jurídicos constitucionales (derechos fundamentales y humanos, Estado de Derecho y principio de culpabilidad), defenderá esos principios frente a las tendencias dominantes, en lugar de adaptarse a esas corrientes políticas dominantes⁴⁵.

A menudo se ha discutido la disolución defendida por Jakobs del principio de culpabilidad en consideraciones preventivas⁴⁶: «la autonomía se atribuye como capacidad, caso de que sea funcional, y sólo debe faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otro modo. «No se trata de lo que el delincuente «merece» según la opinión colectiva, sino de lo necesario para el mantenimiento de la confianza», — algo que puede ser definido discrecionalmente por las instancias políticas dominantes. Yo he reprochado a Jakobs en un estilo muy

⁴⁴ Jakobs, ZStW 107 (1995), pág. 855.

⁴⁵ Lo que Schünemann llama un «vegonzante decisionismo»

⁴⁶ En primer lugar, en el escrito básico de Jakobs sobre *Culpabilidad y prevención*, 1976. La cita se encuentra en pág. 17, 33.

propio de la vieja Europa, invocando a Kant⁴⁷, que una tal instrumentalización del individuo, que sólo lo utiliza como instrumento para la estabilización de los intereses sociales, es contraria a los derechos humanos y despierta, por ello, objeciones desde el prisma constitucional. Jakobs sale al paso⁴⁸ afirmando que la crítica de la instrumentalización desconoce que «sólo se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; la descripción no funcionaliza, sino sólo pone de manifiesto la instrumentalización existente desde hace tiempo». Esto es consecuente, pero muestra el punto que diferencia a una dogmática orientada a criterios rectores de corte valorativo del funcionalismo teórico sistémico. Si realmente la práctica imputa la culpabilidad allí donde cree ver una necesidad social de pena sin tener en cuenta los resultados reales, la dogmática tiene que perseverar en que la culpabilidad (entendida como realización de un comportamiento injusto pese a la accesibilidad normativa⁴⁹) supone un límite a las metas preventivas en salvaguardia de la libre determinación, tal como lo exigen de la misma manera la ley y la Constitución y seguir insistiendo en que una praxis que se desvíe de esto tiene que corregirse en lugar de —incluso en un estilo afirmativo— limitarse a describirla.

⁴⁷ Roxin, *SchwZStr* 104 (1987), págs. 356 ss. Esta delimitación preventiva del principio de culpabilidad, que lleva a esas ventajas, encuentra también amplias críticas; véase por ejemplo la indicación de Roxin, *Parte General*, §19, núm. 34, nota 77.

⁴⁸ Jakobs, *Das Schuldprinzip*, 1993, pág. 30.

⁴⁹ Con más detalle, Roxin, *Parte General*, §19, núm. 36 ss.

También para la limitación de la pena la dogmática de finalidad racional orientada por los principios rectores de la política criminal se sitúa pese a las múltiples convergencias o soluciones parecidas —que se deben al significado de lo imprescindible preventivamente para ambas concepciones— más próxima a los principios ideológicos que entroncan con el desarrollo ulterior de la posición de la Ilustración que a un funcionalismo teórico sistémico.

IV. EL SIGNIFICADO DE LAS COSAS

Otro punto controvertido en la moderna discusión del Derecho penal, al que con razón Silva Sánchez presta atención (*infra*, anexo, p. 97) se refiere a la cuestión del significado que tengan los datos empíricos en la dogmática jurídico penal. Yo siempre he sostenido la opinión de que la dogmática jurídico penal tiene que desplegar en el material jurídico los cánones valorativos rectores que derivan de la ley y de la Constitución, y que tiene que hacer visible los concretos resultados a su paso por el material jurídico y en una forma adecuada a su diferente sustrato. En mi libro «*Täterschaft und Tatherrschaft*»⁵⁰ intenté desarrollar por primera vez en extensión este método (entre otros, apelando a Hegel y a Nicolai Hartmann) y con ello caractericé

⁵⁰ Roxin, 1963, 1999 (sobre los fundamentos teóricos del mismo, págs. 528 ss.) (existe una traducción española de este libro: *Autoría y dominio del hecho*, de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1998).

la «resistencia de las cosas»⁵¹ como «criterio de corrección material».

El postulado teórico sistémico está en oposición frontal con este método, en la medida en que tacha de «naturalismo» cualquier apelación a los datos empíricos⁵² y no reconoce pretensiones que la doten de un contenido concreto extraído de las valoraciones derivadas de las necesidades sociales de estabilización del sistema o que pudiera entrar en contradicción con la misma. Un ejemplo demostrativo de esto es el ya mencionado concepto de capacidad de imputación, que según el postulado funcionalista de Jakobs no depende de la situación psíquica del autor sino sólo de la atribución de las que se consideran exigencias decisivas del mantenimiento del sistema. En este ámbito no es posible exponer en extensión los puntos de divergencia que resultan de esto (lo que requeriría tratar también la cuestión de hasta dónde es factible la eliminación de elementos descriptivos⁵³ en los conceptos penales). Básicamente eso es en cualquier caso de tal modo que el postulado que aquí se ha sostenido y que Schünemann⁵⁴ caracteriza como «dualista» toma en consideración los datos empíricos «si bien naturalmente siempre analizados desde un punto

⁵¹ Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 633 ss.

⁵² Respecto al uso del concepto «naturalismo» y «naturalístico» como «termino ofensivo» en la «discusión actual de la Ciencia del derecho penal», véase Puppe, GA, 1994, págs. 296 ss.

⁵³ Véase Schünemann, GA 1995, pág. 219.

⁵⁴ Schünemann, ZStW 107 (1995), pág. 926; también la siguiente cita.

de vista normativo», y aquí reside «la diferencia principal e irreconciliable con la concepción de Jakobs»⁵⁵.

En lo que sigue se esboza de la mano de algunos ejemplos la forma en que los datos empíricos repercuten en la labor dogmática⁵⁶.

1. La limitación de la imputación mediante los hechos

En primer lugar, la simple atención a los datos fácticos puede impedir una atribución todavía procedente. Eso parece algo trivial, pero debe destacarse porque ha sido discutido —por ejemplo, por la dogmática teórico sistémica— y porque el propio Tribunal Supremo Federal a menudo no ha tenido en cuenta esta perspectiva. Quiero aclarar esto de la mano de dos conocidas sentencias.

⁵⁵ Véase de forma resumida respecto a la problemática, Roxin, *Parte General*, § 7 núm. 83,84. Con más detenimiento, por todos, Schünemann, Coimbra-Symposium, 1995, págs. 157 ss, *el mismo* GA 1995, págs. 219 s; Silva Sánchez, (infra anexo p. 95) observa de forma correcta que la divergencia entre la política criminal y el postulado teórico sistémico «tiene más que ver con la propia funcionalización... que con sus límites. Silva Sánchez expone también correctamente que el propio entendimiento real está condicionado por premisas normativas.

⁵⁶ En este ámbito residen los puntos de contacto con el postulado finalista. Al respecto, véase recientemente el trabajo de Küpper sobre *Die Grenzen normativierender Strafrechtsdogmatik*, 1990. Una elaboración acabada del tema tendría que considerar también sobre todo el libro todavía no acabado de Lüderssen sobre *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1977.

En el tan discutido Hoferben-Fall (GBHSt 37, 214)⁵⁷ un campesino había pretendido matar a su hijo mediante un asesino a sueldo. Este, sin embargo, disparó al vecino al confundirlo con el hijo. En este caso concurre un *error in persona* irrelevante para el asesino. El Tribunal Supremo Federal deduce a partir de la «relación normativa que acepta... entre los preceptos de la autoría y participación» que el error también es irrelevante para el campesino, de tal modo que tiene que ser castigado por inducción a asesinato. A la objeción de cómo habría de castigarse al campesino en el caso de que el asesino «tras darse cuenta de su error» todavía cumpliera el encargo de matar al hijo, el Tribunal Supremo Federal entiende que entonces habría que «imputársele por regla general... ambas muertes», de tal modo que habría de castigarse por inducción a los dos asesinatos.

De esta forma sobre la base de una premisa normativa (según la cual el *error in persona* del autor también tiene que ser irrelevante para el inductor) se le imputa al campesino un doble dolo de matar, aunque él sólo quería matar a un hombre. Respecto al segundo dolo de matar falta el correspondiente sustrato psíquico. Sin embargo, el aspecto psíquico propio del dolo no se puede sustituir por una imputación. De otra forma la dogmática pierde la orientación a la realidad y se diluye en una ficción. Más bien la «oposición de la realidad» obliga a corregir la premisa en el sentido de que el *error in persona*

⁵⁷ Con más detalle Roxin, *Spendel-FS*, 1992, págs. 289 ss; con más indicaciones; *el mismo*, *JZ* 1991, pág. 680.

del autor material representa una *aberratio ictus* para el inductor, que debe ser castigado por inducción intentada (§30 I StGB).

Un error análogo es en el que incurre el Tribunal Supremo Federal en un caso de violación (BGHSt 39, 244). En el estadio de la tentativa la víctima simuló prestar su consentimiento para así evitar que continuasen de los actos de violencia. De esta forma el autor consumó el acto sexual en la creencia de que se trataba de una relación sexual consentida. En tal caso, debido a la actuación inicial violenta, el autor debe castigarse por tentativa de violación. Se trata de una tentativa fracasada, respecto a la que no es posible el desistimiento.

Por el contrario, el Tribunal Supremo Federal —de una forma digna de ser destacada debido a su valoración político criminal— aprecia una tentativa inacabada porque quiere dejar abierta al autor la posibilidad de un desistimiento que le exima de pena en el caso de que «por pudor o arrepentimiento respecto a su comportamiento previo» desista del acto sexual: «Eliminar la posibilidad de un desistimiento que exima de pena en tales condiciones, pese a que el autor ha retornado al ámbito de la fidelidad al Derecho, no se conciliaría con la orientación político criminal del §24 StGB». Independientemente de cuáles sean estos objetivos: un desistimiento es simplemente imposible si el autor sólo tiene dolo de realizar un acto sexual y no ya de una violación, lo que es presupuesto de la tentativa punible del §177 II Nr. 1 StGB. De esta forma, de nuevo sobre la base de una pretensión normativa (la posibilidad deseable políticocriminalmente de un desistimiento), se imputa una tentativa que en realidad no existe. También

en este caso la premisas tiene que corregirse: lo que el legislador premia con la impunidad en el caso del desistimiento voluntario de la tentativa no es que el autor desista de la relación sexual consentida que tenía prevista sino de continuar una violación intentada.

No sucede algo distinto con la imputación de la culpabilidad propia del funcionalismo, que no existe como hallazgo psíquico. Las exigencias generales preventivas se bautizan simplemente con el nombre de «culpabilidad». Para una dogmática que incluye la seguridad jurídica y la limitación de la pena en su programa político criminal, eso no es un camino viable.

2. La naturaleza de las cosas como medio de concreción

Los hechos tiene también un importante valor para la dogmática penal en la medida en que ayudan a la materialización de las directrices legales. Quiero aclarar esto con la legítima defensa. Según las finalidades legislativas, que se infieren de tenor literal del §32 StGB y del material legislativo, esta causa de justificación se basa en los principios de la protección individual y del mantenimiento del Derecho, esto es, junto a la protección de los bienes jurídicos individuales tiene que servir también para la imposición supraindividual del Derecho y con ello desplegar efectos preventivos⁵⁸. Naturalmente, en los casos en los que la exigencia preventivo general

⁵⁸ Con más detalles, Roxin, *Parte General*, §15 núm 1-3.

es menor, también se reduce el interés en el mantenimiento del Derecho; entonces la legítima defensa «necesaria» conforme al §32 II ya no está «indicada», como dice el legislador en el §32 I StGB. La posibilidad de «límites ético sociales» del derecho a la legítima defensa se deduce así necesariamente de las directrices legales y es algo querido expresamente por el legislador⁵⁹.

Pero del tenor literal del precepto no puede deducirse cuándo en el caso concreto está «indicada» una limitación de la permisibilidad general de la legítima defensa. Sólo contamos con el criterio rector de un interés sensiblemente disminuido en la conservación del Derecho. Más allá, sólo la atención a las peculiaridades del caso puede servir de ayuda. Tiene que contemplarse el material jurídico, en suma la realidad vivencial de las diferentes situaciones. Entonces se comprueba que hay muchos ámbitos en los que frente al supuesto normal se reduce considerablemente el interés en la conservación del Derecho: la agresión no culpable o con culpabilidad sensiblemente disminuida, la agresión provocada de forma ilegítima, la agresión insignificante y la agresión en relaciones de proximidad social aseguradas por posiciones de garantía.

Que esto es así puede deducirse de la valoración legal (entre otros §§ 20,21,13 StGB, §153 StPO). Pero son las circunstancias las que trazan los contornos de los cánones valorativos legales y posibilitan decisiones referidas a los grupos de casos.

⁵⁹ Con más detenimiento, Roxin, *Parte General*, §15 núm 53 ss, donde también se encuentran confrontaciones con otras opciones de la literatura en parte discrepantes.

Eso es lo que quiero decir cuando afirmo que los fines perseguidos por el legislador tienen que desplegarse en el material jurídico y que sólo proporcionan concretos resultados interpretativos con su paso a través de los datos empíricos. Esto se consigue a través de la diferente «naturaleza de las cosas». Esta posibilidad debilita el reproche del alto grado de indeterminación que suele objetarse a los principios rectores legales. Los cánones superiores son necesariamente abstractos. La clase de relaciones vitales contempladas bajo su punto de vista posibilita soluciones suficientemente concretas.

3. La fuerza configuradora estructural de los sucesos vitales

Lo mismo sucede con la fuerza de los datos empíricos para configurar estructuras. La gran repercusión que ha tenido mi libro sobre *autoría y participación*⁶⁰ me parece que se debe en buena medida a que he asignado al concepto de «dominio del hecho», que antes era una suerte de expresión vaga, una estructura que sistematiza la teoría de la autoría. Conceptos como el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho, de la misma forma que el dominio por coacción y el dominio por error (con sus diferentes grados) y el dominio por medio de aparatos organizados de poder como formas de manifestación de la

⁶⁰ 1ª edición 1963; 6ª edición 1994; una 7ª edición aparecerá en 1999. Se ha publicado una traducción al español de la 6ª edición (de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo) de 1998 en la editorial Pons, Madrid y Barcelona.

autoría mediata han encontrado amplio eco y en parte acogida por la jurisprudencia⁶¹. Pero nada de esto se extrae de un concepto previamente definido con precisión. Más bien se trata de un canon rector (según el cual, por regla general⁶² es autor quien tiene el dominio sobre la realización típica) aplicado a las formas de aparición en la realidad de la realización delictiva en solitario o en conjunto, con la consecuencia de que las llamadas formas de autoría, que definitivamente no pueden reconducirse a un denominador, quedan estructuradas y posibilitan una sistematización orientada a la realidad —por así decirlo, un mapa de la teoría de la autoría—.

4. La capacidad de acogida de la realidad empírica en las categorías dogmáticas

Desde el punto de partida aquí sostenido la teoría de los fines de la pena tiene que contrastarse con los datos empíricos. Las consideraciones preventivo generales para la fundamentación y la medida de la pena serían ilegítimas si se partiese de que el Derecho penal y la pena no tienen efectos preventivo generales. Porque una política criminal

⁶¹ El completo apéndice de la 7ª edición contiene indicaciones más precisas.

⁶² También los delitos consistentes en la infracción de un deber, que son la excepción a la regla general, se deducen, como es sabido, en cierto modo del material jurídico de la tipicidad bajo la óptica normativa superior de la «figura central». La primera monografía sobre los delitos consistentes en la infracción de un deber la ofrecen ya Sánchez-Vera *Pflichtdelik und Beteiligung*, 1999.

razonable depende de las repercusiones sociales reales de las medidas de control. También aquí reside la diferencia con la teoría sistémica funcionalista que «desplaza» las consideraciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal, porque la pena «significa» el restablecimiento de la identidad social, incluso cuando no consiga nada desde el punto de vista empírico.

Frente a ello, la concepción teórica del Derecho penal que defiende, puede conceder a la prevención general un papel importante para la justificación de la pena porque pese a cierto escepticismo existen motivos preponderantes para aceptar que el Derecho penal contribuye de forma relevante a «impedir hechos delictivos» y a «reforzar la confianza de los ciudadanos en la existencia y en la prevalencia del Ordenamiento jurídico»⁶³.

Pero la dogmática penal tampoco puede perder el contacto con la realidad, sino que tiene que elaborar sus conceptos de tal modo que estén abiertos a nuevos conocimientos empíricos. Quiero aclarar esto escuetamente de la mano de dos ejemplos en el ámbito de la teoría del injusto y de la teoría de la responsabilidad.

⁶³ En este sentido, Schöch, en Jehle (Hrsg), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, pág. 326. Aquí no puede ofrecerse una fundamentación más detallada de esta premisa; sobre el estado de discusión doctrinal véanse las indicaciones de Roxin, *Allgemeiner Teil I*, 1997, §3, núm 35. Sobre un aspecto parcial: Schünemann/von Hirsch/Jaroborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Uppsala-Symposium, 1996.

En un sistema de Derecho penal concebido políticocriminalmente el concepto de riesgo permitido ocupa un lugar central en la teoría del injusto. Porque el hecho injusto no es sino la realización de un riesgo no permitido en el ámbito de protección del tipo⁶⁴. Pero lo que haya de entenderse por riesgo no permitido sólo puede decidirse teniendo en cuenta todos los conocimientos empíricos —también los más recientes— sobre la carga de peligrosidad de determinados comportamientos y con una cuidadosa ponderación social de los efectos nocivos y beneficiosos. Esto vale por ejemplo también para el moderno Derecho penal del medio ambiente, donde el principio jurídico formal de la accesoriedad administrativa se muestra inadecuado para acotar los riesgos socialmente intolerables y por ello tiene que sustituirse por otros criterios más próximos a la realidad⁶⁵.

Por lo que se refiere a la categoría de la culpabilidad, me conformo con una breve referencia a la imprudencia insignificante, que en general se considera punible aunque se niegue de forma mayoritaria la necesidad de su castigo⁶⁶. En realidad habrá que decir que en los casos de imprudencia insignificante la culpabilidad se sitúa en los límites más bajos y que no son de esperar efectos preventivos de un castigo en este ámbito —algo que natu-

⁶⁴ Sobre cómo puede deducirse ésto de la tarea social del Derecho penal, véase con más detenimiento, Roxin, *Kaiser-FS*, 1998, págs. 885 ss.

⁶⁵ Al respecto, Schünemann GA 1995, págs. 209 s., con más indicaciones.

⁶⁶ Véase Roxin, *Parte General*, §24, núm. 85, nota 107.

ralmente necesita de una investigación y confirmación empírica—. Porque ciertamente las faltas de atención pequeñas pueden evitarse en el caso concreto mediante una intensa concentración, pero a la larga no pueden evitarse, de tal modo que con el castigo no se consigue nada. Tampoco es necesario el castigo desde el punto de vista de argumentos preventivo generales, porque todos saben que nadie está exento de pequeñas faltas de cuidado, de tal modo que su castigo ni puede intimidar ni reforzar la conciencia jurídica colectiva. En estos casos basta el Derecho civil para saldar los daños.

Esto lo debería tener en cuenta el Derecho penal con ayuda de la regla de la inexigibilidad, reconocida desde los tiempos del Tribunal del Reich. Porque «no es exigible una precisión propia de las máquinas a lo largo de la vida»⁶⁷. Ello contradice la naturaleza empírica de los seres humanos. Por tanto, bajo el concepto de imprudencia se esconde un amplio espectro de comportamientos muy distintos en el plano empírico y también a juzgar de forma muy diferente a nivel social. Esta circunstancia la debería tener en cuenta la dogmática mediante un tratamiento diferenciado ajustado a las cosas en lugar de tratar todos los comportamientos por el mismo rasero normativo.

V. EL DEBATE SOBRE EL MINIMALISMO

El intento emprendido por la Escuela de Frankfurt de limitar la legislación penal a un «De-

⁶⁷ Roxin, *Parte General*, §24, núm 119.

recho penal básico»⁶⁸, a tratar con el instrumental de la dogmática «clásica», y orientado de forma prioritaria a brindar protección individual frente a los delitos lesivos es fruto de los viejos principios ideológicos europeos. Se basa en el laudable empeño de defender los elementos del Estado de Derecho limitadores de la pena propios de nuestro instrumental dogmático tradicional frente a la desmesurada criminalización anticipada con la que el legislador intenta hacer frente a los riesgos sociales derivados de la moderna tecnología⁶⁹.

Las tesis de la Escuela de Frankfurt han encontrado intensas críticas⁷⁰ que previsiblemente seguirán ocupando el protagonismo en la discusión científica. La crítica tiene razón también en su punto central, es decir, en lo que se refiere a que el Derecho penal no puede retroceder por principio ante la tarea de luchar contra los riesgos que son más peligrosos para la sociedad y para el individuo que la criminalidad «clásica». Los delitos de peligro abstracto, a los que de forma principal se opone la Es-

⁶⁸ Como es lógico esta corriente no puede exponerse aquí en detalle; respecto a la primera orientación véase la exposición de Roxin, *Allgemeiner Teil, I*, 1997, § 2, núm 25-33, a la que también se refiere Silva Sánchez.

⁶⁹ Silva Sánchez habla de una «derivación de la capacidad crítica de los principios jurídico liberales».

⁷⁰ Véase Kuhlen, GA, 1994, págs. 362 ss; Schünemann, GA 1995, págs. 210 ss; Hirsch, en Kühne/Miyazana (Hrsg.), *Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen*, 1995, págs. 11 ss; también de nuevo Schünemann en su ponencia defendida en el 3 Simposium de Derecho penal alemán-japonés 12-15 octubre de 1997 en Trier «Vonm Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht» (en prensa).

cuela de Frankfurt, no deben rechazarse como tales. En eso coinciden los dogmáticos orientados a la política criminal como Schünemann y un funcionalista teórico sistémico como Jakobs⁷¹, y yo estoy de acuerdo con ellos⁷². Un delito como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas §316 StGB) —por sólo poner el caso más frecuente y simple— es necesario y está justificado. Porque frente a los conductores ebrios sólo se puede reaccionar con éxito en el momento en que aún no ha pasado nada. La descripción de la acción típica está descrita con claridad, el bien jurídico es reconocible para cualquiera (protección de la integridad, de la vida y de valores importantes) y el peligro es de una clase que en cualquier momento puede realizarse.

Naturalmente, y en esto consiste el acierto relativo de la Escuela de Frankfurt, en la medida en que nuestra legislación se mueve fuera del «núcleo del Derecho penal» es menos satisfactoria. Le falta una elaboración suficiente desde el punto de vista de la política legislativa y de la dogmática penal. Desde la óptica de la política legislativa tendría que examinarse con más atención si la renuncia a determinadas posibilidades o el recurso a medios de control de naturaleza no penal puede ser más efectiva que un precepto penal respecto los daños que amenazan producirse. La renuncia a la energía atómica es más efectiva que la lucha jurídico penal de

⁷¹ Véase por ejemplo Schünemann, GA, 1995, págs 210 ss.; ZStW 107 (1995), pág. 858.

⁷² Silva Sánchez tiene por tanto razón con su afirmación (*infra* anexo p. 97) de que «El modelo de política criminal no es por tanto minimalista».

los peligros atómicos y un control preventivo puede ser más eficaz que el castigo penal.

Pero retornando al objeto de este trabajo: también la dogmática de los delitos de peligro abstracto y muchos de los nuevos ámbitos dominados por ella (como el medio ambiente) ha estado durante largo tiempo tan poco desarrollada que no ha podido proporcionar ni al legislador ni al juez el instrumental para proteger los estándares clásicos de un Estado social. De esta forma, el bien jurídico protegido, que puede posibilitar una interpretación más precisa, se ha diluido a menudo en conceptos generales demasiado vagos bajo la pluma de un legislador no asesorado, y también la jurisprudencia, en una reacción excesiva desde el prisma de un Estado de Derecho, ha nivelado a menudo —por ejemplo, en el Derecho penal de las drogas— diferencias dogmáticas como la que existe entre actos preparatorios, tentativa y consumación, o entre autoría y participación⁷³.

Pero tales anomalías no deben tratarse mediante la renuncia a la intervención penal en estos ámbitos sino por el contrario mediante el «cultivo» de su dogmática. Esta necesidad tampoco la niegan los adversarios de la Escuela de Frankfurt⁷⁴, mientras dicha Escuela se ha resignado precipitadamente, al considerar imposible que puedan abordarse los peligros de un «sociedad de riesgo» con un Derecho penal que armonice la criminalización que se juzga

⁷³ Véase al respecto por ejemplo, Roxin *StV* 1992, pág. 517 y la decisión del Tribunal Supremo Federal reproducida en pág. 516.

⁷⁴ Véase las referencias indicadas en la nota 69 a *Schünemann* y *Jakobs* en la nota 69.

necesaria con la limitación de la pena impuesta por razón del Estado de Derecho.

También los delitos imprudentes —debido a que antes tenían un escaso significado— eran todavía en el período inmediatamente posterior a la posguerra en cierto modo los hijastros de la dogmática jurídico penal, y, sin embargo, su elaboración dogmática ha alcanzado en la actualidad —sobre todo a través de la teoría de la imputación objetiva— el nivel que tiene desde hace tiempo en relación con los delitos dolosos. Y del mismo modo, los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro se han convertido entretanto en objeto de extensas y profundas monografías —me limito a recordar los recientes escritos de habilitación de Zieschang⁷⁵, Wohlers⁷⁶ y Hefendehl⁷⁷; que contribuirán a que la dogmática pueda ofrecer en un tiempo previsible al legislador y al juez soluciones que satisfagan al mismo tiempo el mandato de efectiva protección de bienes jurídicos y de limitación de la pena adecuada al Estado de Derecho.

Lo que separa la concepción que defiende del minimalismo de la Escuela de Frankfurt no es tanto la discusión en torno a la orientación de principios como el diferente cálculo en torno a la capacidad de rendimiento de nuestra dogmática penal. Lo que ha metido a la Escuela de Frankfurt en el callejón sin salida de un «Derecho penal básico» mini-

⁷⁵ Zieschang, *Die Gefährungsdelikte*, 1988.14

⁷⁶ Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -Zur Dogmatik moderner Gefährungsdelikte*, 1999.

⁷⁷ Hefendehl, *Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*, 1999.

malista es la falta de compromiso, basada en un infundado escepticismo, por una dogmática penal fundamentada políticocriminalmente⁷⁸.

⁷⁸ Véase mi relación a las jornadas sobre el mencionado Simposium de Triers, citado en nota 69, en *ZSrtW* 110 (1998), págs. 806 ss (807-909).

ANEXO

POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES

JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

I. PRELIMINARES

1. Con independencia de ulteriores precisiones, o incluso de discrepancias en cuanto al concreto alcance de su método, la obra de Roxin suele ser descrita como un intento de construcción del Derecho penal, y en concreto de la teoría jurídica del delito, desde la perspectiva de la Política criminal¹. Esta orientación, ya apuntada en su escrito de Habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft*², así como, luego, en su contribución al *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* (1968), acaba plasmándose en su

¹ Cfr., por ejemplo, Roxin, *Strafrecht, AT*, 1, 2.ª ed., Múnich, 1994, § 7, V, N.º marg. 52: «Die leitenden Zwecksetzungen, die das Strafrechtssystem konstituieren, können nur kriminalpolitischer Art sein».

² Cuya primera edición data de 1963, existiendo sucesivas reediciones.

conocida obra programática *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*³, la cual, veinticinco años después, y pese a las críticas de detalle recibidas, continúa siendo una referencia ineludible en la discusión jurídicopenal moderna, activada por la aparición ya de dos ediciones de su *Strafrecht AT Band I*⁴.

2. El examen crítico de la capacidad de rendimiento de la propuesta de Roxin, en parte todavía por explorar⁵, desbordaría con mucho las posibilidades de un texto de estas características. De ahí que me limite a un único aspecto, que estimo esencial y quizá todavía no suficientemente discutido: el relativo al *significado* del recurso a la Política criminal como elemento fundamentador del contenido de las categorías del sistema dogmático y a la incidencia o no de *límites* externos (en particular, ontológicos) a tal recurso. Es, a mi juicio, esta cuestión la que pone de relieve la trascendencia real de las modernas tendencias hacia la «normativización» de tales categorías. A la vez, en ella se manifiestan los principales retos que han de afrontar dichas propuestas. Sobre todo cuando se trata de rebatir las frecuentes críticas que les imputan consecuencias de arbitrariedad, decisionismo e inseguridad jurídica.

³ 1.^a ed., 1970; 2.^a ed., 1973.

⁴ 1.^a ed., 1992; 2.^a ed., 1994.

⁵ El propio Roxin, *AT, I*, 2.^a ed., § 7, III, N.º marg. 29 reconoce que todavía no se ha construido un sistema completo sobre la base de sus premisas metodológicas.

II. LA «POLÍTICA CRIMINAL» COMO REFERENCIA DEL SISTEMA DOGMÁTICO

1. En la propuesta metodológica de Roxin late una visión de la dogmática jurídicopenal *ciertamente superadora del modelo positivista*, y orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma⁶. Pero también, en principio, claramente *relativista*, en el sentido de limitadamente vinculada por perspectivas ontologicistas. Su entronque con el pensamiento neokantiano no sólo es claro⁷, sino que ha sido puesto expresamente de relieve por otros autores⁸. Sin embargo, es lo cierto que, en la actua-

⁶ Roxin, *AT, I*, 2.^a ed., § 7. V, N.º marg. 69: «die Rechtsfindung ist, wie wir wissen, wesentlich mehr als die in logischen Schlussverfahren subsumierende Anwendung eines schon im Detail bestimmten Gesetzes. Sie ist vielmehr die Konkretisierung des gesetzlichen Regelungsrahmens, und in der *schöpferischen Ausarbeitung* (d.h. Entwicklung und Systematisierung) der gesetzgeberischen Zielvorstellungen selbst Kriminalpolitik im Gewande der Dogmatik». Alusiones al carácter creador de la obtención del Derecho se hallan ya en R. Fischer, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, 1971, p. 5; «*schöpferische Rechtsfindung*». Tal denominación referida a la dogmática ha hecho fortuna en España a partir de su uso por Mir Puig.

⁷ Roxin, *AT, I*, 2.^a ed., § 7, III, N.º marg. 24: El desarrollo, respecto al modelo neokantiano, vendría representado por la sustitución de la vaga referencia de aquél a valores culturales por un criterio específicamente jurídicopenal de sistematización: «die kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre».

⁸ Schünemann, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (introd., trad. y notas de Silva Sánchez), Madrid, 1991, pp. 31 y ss., p. 64. También Moccia, en Roxin, *Politica criminale*

lidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías. Quizá no sea ajeno a ello el hecho de que probablemente en la práctica ese modo de proceder (en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades «prácticas» en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se *declaraba* que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) esto es, de modo «ciego»⁹. Y si ese *modus operandi* se ha dado siempre, es porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad¹⁰.

e sistema del Diritto penale (trad. S. Moccia), Nápoles, 1986. Presentación, pp. 8, 11, 16, quien incluso se remonta a autores del S. XIX.

⁹ Así, por ejemplo, Dreher, recensión a la obra de C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970, GA, 1971, pp. 217 y ss., 218, donde afirma que la Política criminal ha estado siempre presente en las consideraciones dogmáticas; así, por ejemplo, en el método de interpretación teleológica orientada al bien jurídico.

¹⁰ Moccia, *Il Diritto penale tra essere e valore*, Nápoles, 1992, p. 21: «... il diritto penale nasce proprio da esigenze di politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati. Pertanto, alla politica criminale, ed in particolare alla teoria della pena, non poteva essere negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione delle norme...».

2. Ahora bien, lo anterior pone de relieve que cualquier profundización en la propuesta de Roxin debe conducir a dilucidar qué quiere decir *Política criminal*, cómo se accede a sus principios y cómo se orienta el sistema a los mismos. En efecto, el campo semántico de tal expresión admite concreciones en diverso sentido, tan diferentes entre sí que casi carece de sentido su agrupamiento bajo una denominación única. Comúnmente, la orientación político-criminal se ha asociado al *consecuencialismo*, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación (*Folgenorientierung*). De hecho, en la obra de Roxin se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial)¹¹.

A este consecuencialismo, que adoptaría como punto de partida una racionalidad exclusivamente instrumental es al que, en Alemania, se alude con el sustantivo *Zweckrationalität* y el adjetivo *zweckrational*, habiéndose traducido entre nosotros con expresiones como «racionalmente final», «teleológico-racional», u otras próximas. Dejando aparte otros problemas de traducción¹², ya en este punto, sin embargo, conven-

¹¹ Cfr. Roxin, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, III, N.º marg. 24: donde sostiene la orientación a «die kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre». Asimismo puede hallarse en su obra, a propósito de su modelo de construcción del sistema, la expresión de que «ein solches System ist also im hohen Masse folgenorientiert» (§ 7, V, N.º marg. 81).

¹² La traducción más extendida en España es reiterativa. En efecto, el término alemán *Zweck* debe traducirse como fin (telos, en griego), aunque es cierto que como un tipo muy singular de fin (fin instrumental). Por otro lado, el conte-

dría indicar que, en alemán, el término *zweckrational* tiene un sentido añadido (como se expresa en la obra de Max Weber), que podría traducirse (y ha sido traducido) como «racionalidad instrumental deliberada». En particular, porque con la adopción de tal género de racionalidad se excluiría otra forma de teleología: la que entendería volviendo ahora a nuestro objeto de interés que el Derecho penal no sólo tiene fines instrumentales de control, sino que asume también como fin propio la realización de determinados valores (y que comprendería lo que en alemán se denomina *Wertrationalität*, racionalidad valorativa).

Ahora bien, resulta bastante claro que *ningún autor de los que han influido en la construcción moderna de la teoría del delito pretende ignorar el significado de los valores en la teleología del Derecho penal*. Del mismo modo, nadie pretende dejar de lado el *Zweckdenken*. El *modelo teleológico* resultante comprendería, pues, aspectos instrumentales y otros «valorativos»¹³.

3. Si esto me parece acogido de modo general, la discrepancia que surge en el seno de los sistemas teleológicos ha de situarse en otros puntos. A mi juicio, éstos son dos: por un lado, el relativo al modo

nido de «rational» lo integra perfectamente la expresión «lógico», en su etimología griega (de «logos»). Así pues, *zweckrational* no significa más que teleológico, aunque es cierto que la expresión tiene, en alemán, un claro sesgo relativo a un cierto tipo de teleología, concretamente la instrumental, como se indica en el texto.

¹³ No en vano entiendo que, cuando Roxin tiene que referirse a su propio sistema, prescinde de los términos *funktional* o *zweckrational*, en cuyo marco general se había situado previamente, para hablar de los «Grundlagen eines teleologisch-kriminalpolitischen Systementwurfs»: Roxin, *AT*, I, 2.ª ed., § 7, N.º marg. 50.

de aproximación a los valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el *telos* del sistema; por el otro, el criterio de articulación de la realización de tales valores y de la obtención de las consecuencias empíricas. A tales valores cabe aproximarse, por una parte, desde perspectivas *principialistas*. Pero esta perspectiva principialista, a la que se alude ahora con la expresión *alteuropäisches Prinzipiendenken*, se concreta en Derecho penal en la acogida del desarrollo del iusnaturalismo racionalista por la Ilustración¹⁴. Subrayarlo es importante por dos motivos. En primer lugar porque queda claro como se indicó más arriba que tal principialismo no excluye una co-fundamentación instrumental del Derecho penal (pues esto era lo propio del utilitarismo ilustrado)¹⁵. Y, en segundo lugar, porque este principialismo, cuyo signo fundamental es el *individualismo*, se está debilitando como tal «razonamiento de principios» en algunas de sus modernas reconstrucciones hasta el punto de constituir una pura referencia procedimental.

4. En cualquier caso, si los valores se aprehenden desde perspectivas principialistas, parece claro que surgirá una tensión entre la realización de

¹⁴ Pone de relieve con razón el estrecho vínculo entre el Derecho natural racionalista y la Ilustración con crítica a la visión de Hassemer, Schünemann, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», GA, 1995. pp. 201 y ss., 204.

¹⁵ Frente a lo que sucedía en el puro Prinzipiendenken, de base religiosa. Lo subraya Schünemann, GA, 1995, p. 218, para indicar el elemento funcionalista que sigue teniendo el *alteuropäisches Prinzipiendenken*.

los mismos y la obtención de las consecuencias instrumentales. Se trata, en suma, del conflicto que cabe hallar en cualquier intento de conjugar principialismo y consecuencialismo¹⁶. La resolución de tal conflicto ha situado al Derecho penal en un contexto de progresiva restricción. El que, a partir de ahí, se llegue al *minimalismo* no deja de ser una derivación relativamente natural de la fuerza crítica de los principios de garantía¹⁷. En todo caso, una pretendida orientación de los valores a los principios *individualistas* de la Ilustración y una concepción *minimalista* del Derecho penal coinciden en nuestro ámbito en algunos de los más significados representantes de la escuela de Frankfurt.

5. Pero, por otra parte, a tales valores cabe aproximarse desde otras perspectivas: por ejemplo, las *funcionalistas*. Según esto, los valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de autoconservación del sistema y el concreto contenido que se les atribuyera sería el derivado de esa lógica¹⁸. Pero entonces también parece claro que

¹⁶ El producto es según Schünemann, *GA*, 1995, p. 218, un «individualistisch beschränkte(s) Funktionalismus».

¹⁷ Lüdersen, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem Prinzipiendenken», *ZStW*, 107 (1995), pp. 877 y ss., 878.

¹⁸ Jakobs, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken», *ZStW*, 107 (1995), pp. 843 y ss., 853: «Nur auf diese Selbsterhaltungskraft kommt es an». Luego esta propuesta metodológica parte de una premisa normativa: que las sociedades han de organizarse funcionalmente (y que éste ha de ser el principio inspirador de su dinámica) lo que no siempre sucede. Si esto tiene lugar, está claro el papel del Derecho penal. El

difícilmente cabría hallar en tales «valores» un enfrentamiento con la perspectiva estrictamente consecuencialista; más bien resulta que ésta los va integrando en la medida en que ello responde a la constitución o autocomprensión de la sociedad. Todo indica que una aproximación funcionalista a los valores de referencia nos mantiene, pues, en el ámbito del consecuencialismo. Pues la *Wertrationalität* aparece como función de la *Zweckrationalität* consistente en el mantenimiento del sistema social del que se trate. Pese a todo, sería errado, sin embargo, asociar la funcionalización *per se* a una instrumentalización o anulación del individuo, o, mucho más, a un modelo reaccionario¹⁹ e incluso totalitario.

6. La pregunta es si acaso desde las perspectivas del pensamiento de la Ilustración (o de sus reconstrucciones modernas, discursivas o consensualistas) es posible llegar a conclusiones muy dispares de las propias del funcionalismo en cuanto a la atribución

problema surge cuando se trata de definir el papel del Derecho penal en sociedades estructuradas de modo disfuncional.

¹⁹ Como indica Jakobs, *ZStW*, 107 (1995), p. 853: «... die funktionale Sicht ist auf kein bestimmtes Modell festgelegt. *Es gibt funktional organisierte liberale Gesellschaften*, und disfunktional organisierte kollektivistische Gesellschaften zerbrechen ... ». «Wer nur weiss, dass eine Gesellschaft funktional organisiert ist, weiss nichts über ihre konkrete Gestalt, also nichts über die Inhalte der anschlussfähigen Kommunikationen» (la cursiva es mía). De todos modos, Schünemann, *GA*, 1995, p. 203, le imputa a este modelo una «Kapitulation vor der gerade in Gesetzgebung oder Rechtsprechung herrschenden politischen Praxis».

de contenido a los valores. En efecto, rechazada incluso desde el *principialismo* moderno una *ontología de los valores*, la divergencia entre la perspectiva funcionalista y la principialista radica en que la primera trata de sostener una *lógica (objetiva) funcionalista de los valores*, en la que éstos tienen su fundamento y proyección en una contribución al mantenimiento del sistema. En cambio, la segunda los fundamenta a partir de la comunicación de los individuos que integran el sistema: el producto es una *lógica intersubjetiva de los valores*. Constituyen, sin duda, dos modelos de racionalidad directamente contrapuestos²⁰. Ahora bien, sentada la disparidad metodológica²¹, se trata de determinar si las derivaciones de uno y otro enfoque también son diversas. Desde luego, podrían no serlo: de hecho, en una sociedad democrática la «constitución de la sociedad», punto de partida de posturas como la de Jakobs, debería responder al «consenso de los indi-

²⁰ Lo expresa con claridad Lüdersen, *ZStW*, 107 (1995), p. 883: en Jakobs, «die Option für Sinn und personale Kommunikation ist geknüpft an den rollenorientierten Begriff des Subjekts, und daraus ergibt sich dann eine bestimmte «Identität der Gesellschaft». Sie ist durch und durch normativ, und das Subjekt ist sekundär»; por el contrario, para Lüdersen, «Erfahrbarkeit und miteinander streitende Subjekte machen die moderne Gesellschaft aus».

²¹ Muy claramente por la diferencia Lüdersen, *ZStW*, 107 (1995), p. 891: «Es kann also keine Rede davon sein, da nach Jakobs' Konzept die Aufgabe des Strafrechts ganz abgekoppelt von den Interessen der einzelnen in einer Gesellschaft oder einem in Staat lebenden Menschen zu begreifen ist. Vielmehr geht es nur um den Grad der Verallgemeinerung des Schutzes dieser einzelnen».

viduos» que la integran²². Sin embargo, es lo cierto que se está llegando a conclusiones distintas (y opuestas). Así, por poner un único ejemplo, a propósito del *concepto personal* de bien jurídico, sostenido por unos²³ y criticado por los otros²⁴, cuestión de importantísima trascendencia práctica en el Derecho penal moderno.

²² Cfr. Jakobs, *ZStW*, 107 (1995). pp. 849-850. Al responder a la crítica de que, en el marco del funcionalismo, se trata sólo de estabilizar la sociedad y ni se plantea la cuestión del sujeto libre, señala que no es así, sino que el sujeto tiene el protagonismo que establece la autocomprensión de la sociedad. «Es ist (*scil. El sujeto*) in dem Mass präsent, in dem es kommunikativ vermittelt wird, also die Selbstbeschreibung der Gesellschaft bestimmt. Kommt eine solche Vermittlung nicht vor, dann ist freilich mit ihm zu Ende; aber es kann auch zentraler Gegenstand der Kommunikation werden, und dann beherrscht es alles andere. Der Ansatz verdrängt also insoweit nichts, sondern verhält sich neutral». A la crítica subsiguiente sobre lo insatisfactorio de un sujeto libre que aparece en escena por «gracia» de la sociedad, que es fundamentado derivativamente (en lugar de constituir principio y fin, contenido esencial, para el Derecho penal), contesta que «Subjektivität entsteht gesellschaftlich vermittelt», esto es, que «Ohne funktionierende Gesellschaft fehlt es an den empirischen Bedingungen von Subjektivität».

²³ Al que se refiere Lüdersen, *ZStW* 107 (1995), p. 899, citando a Hassemer, y señalando que «sieht Güter der Gesellschaft und des Staates zu Gütern des Individuums in einer Ableitungsbeziehung: erkennt Interessen der Allgemeinheit als berechtigte nur an, insoweit sie personalen Interessen dienen».

²⁴ Radicalmente, Schünemann, *GA*, 1995. pp. 205 y ss. Otro punto de radical confrontación es el constituido por los delitos de peligro abstracto (pp. 210 y ss.).

7. Procede, pues, determinar el lugar de la propuesta de Roxin en el marco de esta discusión. De entrada, resulta sencillo, desde luego, alejar a este autor, como antes anticipábamos, de la pura «racionalidad instrumental». En efecto, cuando Roxin trata lo que denomina «bases de un proyecto sistemático teleológico-políticocriminal», acomete su exposición aludiendo a la concepción de un sistema orientado a valores²⁵. Su modelo no se define, pues, en términos exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito (criterios de una Política criminal *empírica*), sino que en su concepto nos hallamos ante una Política criminal *valorativa*, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal²⁶. Una posible dificultad aparece, sin embargo, cuando se trata de determinar si el método de atribución de contenido a los valores de garantía por parte de Roxin se aproxima al propio del funcionalismo o, por el contrario, se vincula a un cierto «principalismo».

²⁵ Roxin, *AT, I*, 2.ª ed. § 7, V, N.º marg. 51: «Debe partirse de la tesis de que un sistema moderno del Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, esto es, asentarse sobre *determinaciones valorativas de fines*. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una *valoración* preestablecida, se garantiza de antemano la sintonía entre consecuencia sistemática y pretendida corrección material cuya ausencia ha traído consigo tantas dificultades» (la cursiva es mía).

²⁶ Cfr. Roxin, *AT, I*, 2.ª ed., § 7, V, N.º marg. 68: «... el principio *nullum crimen sine lege* no tiene menos naturaleza de postulado políticocriminal que el mandato de combatir eficazmente el delito». «... la limitación jurídica de la violencia punitiva es también en sí misma una importante meta de la Política criminal del Estado de Derecho».

8. De entrada, no ofrece duda que «el punto de partida debe estar formado por las decisiones político-criminales básicas, que sirven de base al Derecho penal vigente y que están explicitadas puntual y parcialmente en el conjunto de las normas jurídico-positivas²⁷. Más allá: debe tratarse de tomar como criterio decisorio los principios que *pueden derivarse* del ordenamiento jurídico y en absoluto las personales representaciones valorativas del intérprete²⁸; aunque se reconozca que hay aspectos en los que se dispone de una amplia libertad²⁹. Sin embargo, ello raya lo autoevidente y, por ello, también se comparte sin duda por las otras dos líneas de pensamiento en cuestión. Las discrepancias se producen cuando, a partir de ahí, deben abordarse problemas con base legal más o menos definida y significativa transcendencia dogmática, tanto en lo relativo a la teoría del delito como en lo que se refiere a la Parte Especial: imputación objetiva, imputación subjetiva, culpabilidad, peligro para el bien jurídico, etcétera. Al respecto, es cierto que, tan pronto como surge la discusión en torno al modelo metodológico de Jakobs, la pretensión de Roxin (y también de Schünemann) ha sido marcar distancias con respecto al mismo. Ello, sin embargo, sin excluir una comunidad de puntos de partida en cuanto a la funcionalización en clave preventiva de la mayor parte de las cuestiones. La divergencia,

²⁷ Schünemann, «La Política criminal y el sistema de Derecho penal» (trad. Martínez Escamilla), *ADPCP*, 1991, pp. 693 y ss., 704.

²⁸ Roxin, *AT, I*, § 7, V, N.º marg. 71.

²⁹ Roxin, *AT, I*, § 7, V, N.º marg. 72.

pues, más que en el hecho en sí de la funcionalización, aparece cuando se trata de plantear los límites de la misma³⁰. Tal propuesta limitadora (frente al «*monismo normativista*» de Jakobs se ofrece un modelo que se denomina *dualista*) no ha venido dada tanto por una adhesión a los elementos del *alteuropäisches Prinzipiendenken* en la determinación de los contrapuntos valorativos de la funcionalización, cuanto por el reconocimiento de límites externos de base ontológica a la elaboración funcionalista. La base de la discrepancia se hallaría, pues, sobre todo en el alcance de la normativización (esto es, de la elaboración estrictamente jurídica de los conceptos). Para Jakobs, el jurista carece de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la «constitución» o la «autocomprensión» del respectivo modelo social.

Hay que suponer que Jakobs acepte, sin embargo, al menos, un límite ontológico: a saber, el que viene dado por el fenómeno (ciertamente correspondiente a la ontología) de la *circulación hermenéutica* de los procesos de conocimiento humanos (y, por añadidura, científicos). Esto es, en otras palabras, el que se manifiesta en la fuerza de las *precomprensiones* del científico social (y no sólo del social) cuando éste procede a formular enunciados sobre la realidad³¹. Ello

³⁰ Cfr. Schünemann, GA, 1995, p. 221.

³¹ Así, como ha afirmado Francisco Baldo con vehemencia (en las reuniones del seminario de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), resultaría que Jakobs no extrae las reglas de imputación de una constitución social

implicaría que cuando Jakobs (en su reivindicada condición de «mensajero» de la autocomprensión de una determinada sociedad) formula una determinada regla de imputación se encuentra en ello también *subjektivamente* condicionado por sus propios prejuicios acerca de aquella autocomprensión social. Por tanto, contra lo que quizá pueda desprenderse de alguno de sus textos, su teoría de la imputación no sería capaz de expresar *fenomenología*³² objetiva y pura de la constitución (autocomprensión) de una sociedad dada, sino que se vería indefectiblemente lastrada por el subjetivismo epistemológico que a todos nos condiciona³³.

Para Roxin y también para Schünemann tal construcción normativista³⁴ encuentra, por el contrario, límites externos en la materia previamente dada³⁵.

dada «tout court», sino de *su visión* acerca de la constitución social de una sociedad dada.

³² Obsérvese la resonancia welzeliana del término.

³³ En esta medida, frente a la (probable) pretensión de Jakobs de formular una teoría de la imputación únicamente vinculada por el relativismo histórico derivado de la «constitución social» propia de cada modelo de sociedad, habría que afirmar el ineludible condicionamiento de tal teoría al menos, desde luego, en lo que hace a nuestro propio modelo social por las *precomprensiones* del científico, que aún en sí los roles de «sujeto» y «objeto».

³⁴ Que, además, probablemente por las raíces neokantianas (¡y no welzelianas!) de Roxin, se manifiesta en éste de un modo de entrada más relativista (subjetivistaindividualista) que lo que sucede en Jakobs con la apelación a la vinculación objetiva de la «constitución social» (sólo históricamente relativa).

³⁵ Schünemann, *ADPCP*, 1991, p. 707. Roxin, *AT, I*, 2.ª ed., § 7, III, N.º marg. 27, donde señala, respecto a la concepción de la culpabilidad de Jakobs: «Die umstrittenste inhaltliche Besonderheit seiner Verbrechenslehre besteht darin, dass er die Schuld in Übereinstimmung mit seiner Strafzwecktheorie gänzlich im Begriff der Generalprävention

Expresando lo anterior de otro modo, puede señalarse que la postura asumida por Roxin en la normativización (reconstrucción de las categorías en clave político-criminal) halla un límite adicional en la renuncia a la doble funcionalización practicada por Jakobs. En Jakobs, ciertamente, las categorías del sistema aparecen, en primer lugar, funcionalizadas desde la perspectiva de los fines del Derecho penal; y éstos, a su vez, aparecen monopolizados por una prevención de integración, entendida en clave estrictamente *funcional-sistémica*. Una observación del planteamiento de Roxin arroja coincidencias claras en la primera fase, sin embargo, cabe rechazar que llegue a los mismos extremos en la segunda, dada la admisión de límites externos a tal prevención³⁶. Ello permitiría concluir que los valores políticocriminales no se conciben estrictamente en clave exclusivamente funcional, aunque desde luego tampoco puedan reconducirse, en absoluto, al monismo individualista de los autores de Frankfurt³⁷.

aufgehen lässt, also *nicht als etwas objektiv Gegebenes* ansieht, sondern sie nach dem Massstab dessen, was er zur «Einübung in Rechtstreue» erforderlich ist, ohne Rücksicht auf die Fähigkeiten des Täters einfach «zuschreibt» (la cursiva es mía).

³⁶ Cfr., por lo demás, sobre ello, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 67 y ss.

³⁷ Basta con leer su exposición y crítica de las recientes posturas sobre el «Derecho penal del riesgo», «Derecho penal de la puesta en peligro», así como sobre la teoría del bien jurídico de los integrantes de la Escuela de Frankfurt, Roxin, *AT*, I, 2.^a ed., § 2, VII, N.^o marg. 2323 e. También las propias de Schünemann, *GA*, 1995, pp. 203 y ss.

9. En definitiva, pues, el modelo políticocriminal de Roxin³⁸ no es *minimalista* ni en cuanto a los criterios de lesividad ni en cuanto a los criterios de imputación: además de por lo ya señalado, en esa medida no podría apreciarse su adhesión a ese supuesto «clásico pensamiento de principios europeo». Pero tampoco puede situársele en un funcionalismo en la línea de Jakobs, en el que lo decisivo sea la constitución social, de modo que se entienda que ésta preside en exclusiva los criterios de imputación. Quizá también por eso estime Schünemann que la contraposición de la *Strafrechtlehrertagung* de 1995 en Rostock entre *Funktionalismus* y *alteuropäisches Prinzipiendenken* tiene más valor retórico que semántico, lógico y, en definitiva, teórico³⁹.

III. LOS LÍMITES «ONTOLÓGICOS»

1. Lo anterior ha dejado ya planteada la difícil cuestión de cuáles pueden ser (y cómo habrán de operar) los límites de la construcción normativista del sistema, en general y, en lo que aquí interesa, en el planteamiento de Roxin⁴⁰. Respecto a la exis-

³⁸ Sobre él, caracterizándolo en última instancia como «liberal» y «social» a la vez, Roxin, «Acerca del desarrollo reciente de la Política criminal» (trad. Díaz y García Conlledo/ Pérez Manzano), *CPC*, 1992, pp. 795 y ss., 810.

³⁹ Schünemann, *GA*, 1995, pp. 217, 218.

⁴⁰ Dreher, *GA*, 1971, p. 218, afirmaba, en pretendida oposición a Roxin, que hay cuestiones en la dogmática que no deben resolverse desde la política criminal, sino desde las

tencia de límites en la construcción jurídica debe señalarse, de entrada, que pocos problemas suscita la admisión de aquellos que tienen naturaleza inmanente o que responden a razones de coherencia. Pero con tal aceptación no se abandona el espacio del relativismo o, por expresarlo de otro modo, de una evidente «neutralidad». Ello puede percibirse con claridad en Jakobs y en la idea «rectora» de la respectiva constitución social⁴¹. Esta rige (y limita) el modo de construcción del sistema de imputación⁴². Pero lo hace de modo distinto en las sociedades medievales, totalitarias o modernas occidentales, etcétera. Y no hay modo de seleccionar, de entre ellas, y en términos dogmáticos (funcionalistas) un modelo preferible⁴³. De manera que, junto a este primer límite, que podríamos caracterizar como cultural (*Zeitgeist*) y que muestra un relativismo espacial y temporal⁴⁴, se trata de considerar la po-

estructuras lógicoobjetivas; a este respecto proponía como ejemplos los casos del concepto de dolo e imprudencia.

⁴¹ Cfr., con todo, las matizaciones efectuadas *supra* sobre esta cuestión.

⁴² Cfr. Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. de Cancio Meliá y estudio preliminar de Suárez/Cancio), Madrid, 1996, *passim*, por ejemplo, pp. 93, 94.

⁴³ Cabe imaginar que sí desde la perspectiva de la filosofía moral y política.

⁴⁴ Así, una de las líneas de pensamiento de Radbruch, «*Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* (1934), en *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundlagen des Rechts*», Gotinga, 1957, pp. 80 y ss. Este autor enfrenta el iusnaturalismo, como corriente que parte del principio metódico de que «existe una idea clara, susceptible de ser conocida y probada, acerca del Derecho justo», con el relativismo (p. 80). Este último parte de la

sibilidad de límites más intensos y más permanentes. En primer lugar vienen a nuestra consideración los límites derivados de las reglas del lenguaje (aunque éste se halla muy vinculado con la idea de cultura y de lo que cabría denominar «reconstrucción social de la realidad») y de la lógica formal. Y, en segundo lugar, los derivados de los conocimientos empíricos aportados por las ciencias sociales y naturales^{45/46}.

tesis de que toda concepción de contenido acerca del Derecho justo sólo tiene vigencia en el marco de «una determinada situación de la sociedad y de un determinado sistema de valores» (p. 81). Sólo desde una perspectiva relativista puede acogerse la fuerza vinculante del Derecho positivo (p. 82). Desde dicha perspectiva pretende, por lo demás, fundar la acogida de algunas de las exigencias del Derecho natural clásico (derechos humanos, Estado de derecho, división de poderes, soberanía popular, libertad e igualdad) (p. 87).

⁴⁵ En ocasiones, es discutible si se está tomando como referencia un saber empírico propio de las ciencias naturales o de las sociales, o una valoración del mismo (obviamente el riesgo de hacer pasar lo segundo por lo primero es más intenso en el caso de las ciencias sociales). Cfr. sobre los límites que conllevaría la «biología cognitiva», Kargl, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991; sobre los que habrían de sentar la criminología y la psiquiatría forense, por ejemplo, Prittwitz, «Dolus eventualis und Affekt», GA, 1994, pp. 454 y ss.

⁴⁶ De ahí todas las reservas que esto suscita. Cfr. Puppe, «Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik», GA, 1994, pp. 297 y ss., sobre la relación entre lo descriptivo y lo normativo, el carácter incompleto y disponible de todas las descripciones, la necesidad de fundamentar normativamente el recurso a elementos descriptivos en los conceptos normativos y, en fin, so-

2. Con todo, cuando se trata de los límites a la construcción normativa se piensa ante todo en la existencia de una realidad permanente (y previamente dada) que pueda oponerse a una pretendida imputación desde perspectivas funcionales (o políticocriminales). Según ello, la elaboración de reglas de imputación social de responsabilidad encontraría barreras infranqueables en la constitución de la materia (por ejemplo, en la naturaleza del sujeto individual al que se pretende referir la imputación). Roxin asume hoy explícitamente este planteamiento⁴⁷ enlazando directamente con el sentido de su ya clásica contribución al *Libro en me-*

bre la necesidad de investigar las estructuras lógicas subyacentes (316317).

⁴⁷ Roxin, *AT, I*, 2.^a ed., § 7, V, N.^o marg. 83, cuando señala que es imposible que el sistema teleológico que propugna construya sus soluciones sin consideración a los datos materiales. En concreto afirma que «Si bien una “lógica de la materia” o una “naturaleza” de las cosas no pueden proporcionar baremo jurídico valorativo alguno, no obstante el resultado concreto no se deriva nunca de los puntos de vista normativos rectores como tales, sino siempre tras su aplicación a las especialidades de estados de cosas divergentes entre sí». Últimamente, también Schünemann, *GA*, 1995, p. 203, ha reiterado su opción por un modelo de razonamiento dualista que integre razón práctica (*praktische Vernunft*) y lógica objetiva (*Sachlogik*), «die das Strafrecht der postmodernen Gesellschaft weder reaktionär noch beliebig, sondern in einer wahrhaft adäquaten Weise aus seinen *Zwecken* und den ihnen entsprechenden *Strukturen* der dem Strafrecht vorgegebenen *Wirklichkeit* zu begründen vermögen». La idea ya se encuentra en Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga, 1971, pp. 36 y ss.

*moria de Radbruch*⁴⁸. Ahí, tras exponer probablemente por primera vez cuáles son las perspectivas normativas que han de presidir la construcción del sistema de la teoría del delito, subraya que tales baremos normativos deben desarrollarse orientados a la materia, pues la naturaleza de las cosas exige soluciones «adecuadas a la materia» (*Rechtsstoff*)⁴⁹.

3. A propósito de lo anterior, sin embargo, y sin poder abordar aquí el tema con mayor profundidad, cabe afirmar lo siguiente. En primer lugar, que es innegable que la elaboración jurídica no puede contradecir las estructuras del *ser* (ni las del *deber ser*). De la «materia», o de la naturaleza de las cosas, podrían obtenerse, pues, elementos de limitación de la construcción jurídica. Sin embargo, para que la estructura del *ser* pueda desempeñar su función

⁴⁸ Roxin, «Einige Bermerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts». *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Gotinga, 1968, pp. 260-267. El trabajo (pp. 260-261) se inicia mostrando cómo Radbruch, integrado en la corriente filosófica neokantiana de la escuela sudoccidental, sin embargo, en su trabajo «Rechtsidee und Rechtsstoff» (1923/24) se muestra atraído por la noción de la *Stoffbestimmtheit der Idee*, que contradice los principios relativistas del neokantismo. Así, el propio Radbruch propone una relación de intercambio, dialéctica, entre *Sein y Sollen*, *Stoff y Form*.

⁴⁹ Añadiendo, de forma muy significativa (*GS.f. Radbruch*, p. 265) que «dabei bedarf es kaum der Betonung, dass auch der «Rechtsstoff» nicht im Sinne einer wertfreien Faktizität, sondern als eine von Sinnbezügen durchformte Gegebenheit zu verstehen ist». Lo que es poco menos que una profesión de fe ontologista.

limitadora, es preciso acceder a ella. Y nuestro acceso nunca es objetivo, sino subjetivo y parcial⁵⁰. De modo que ciertamente podría atribuirse valor limitador a la realidad, pero no como «*realidad en sí*», que resulta inaccesible, sino como «*realidad representada*». Ahora bien, no tenemos ninguna garantía de que esa representación de la realidad, con la que pretenderíamos limitar los juicios sociales de imputación, no esté contaminada precisamente por nuestra propia percepción acerca de las necesidades de imputación⁵¹. Al contrario, es más que

⁵⁰ Respecto al tema probablemente más importante de cualquier pretendida vinculación ontológica de la construcción jurídica: la *esencia del hombre*, se ha señalado la imposibilidad de conocerla racionalmente, subrayando que hemos de conformarnos con una «imagen» del mismo (*Menschenbild*) que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo. Así las cosas, no cabría sino tratar de encontrar cuál es la imagen de hombre propia de nuestra cultura, de nuestro mundo, de nuestro ordenamiento, pero la debida y no la efectivamente vivida. El objetivo sería hallar una propuesta generalizable: *intersubjektives Menschenbild*. Así, Kaufmann, Arth., «Das Menschenbild im Recht. Rechtsphilosophische Aspekte». *Festschrift für H. Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 1993, pp. 415-424. Similar, generalizando, en cuanto a la realidad en sí y la obtención de una imagen de la misma, Kaufmann, Arth., «Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen «Wahrheitstheorien», en *FS. f. Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, pp. 119 y ss., 121.

⁵¹ Más general, Gössel, «Versuch über Sein und Sollen im Strafrecht», en: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995. pp. 317 y ss., 319: «unsere Erkenntnis (besteht) in Vorstellungen über die Welt, wenn dabei auch

probable que se produzca aquí un fenómeno de circularidad: 1) El juicio social de imputación se basa en una determinada concepción sobre cómo distribuir las cargas entre individuos (o entre individuo, sociedad y Estado) en el modelo social correspondiente; 2) tal juicio se pretende limitar por la configuración de la realidad; 3) pero la realidad sólo nos es accesible como representación subjetiva (más o menos intersubjetivizada en función del consenso alcanzado); 4) no se puede descartar que en esa representación acerca de cómo es la realidad se interfiere un juicio (normativo) acerca de cómo dicha realidad *debería ser* para posibilitar una imputación que se estima necesaria en atención al propio (o general) criterio sobre cómo distribuir las antes aludidas «cargas». Por todo ello, tampoco tenemos ninguna garantía acerca de que la consecución de un cierto nivel de intersubjetividad en esa representación de la realidad no aparezca entrelazada con un consenso sobre las necesidades sociales de imputación. Ese consenso, a su vez, podría ser variable históricamente y no resultar demasiado distinto de lo que en Jakobs se define como «constitución social». Con lo que de nuevo nos encontraríamos inmersos en un ámbito de relatividad espacio-temporal mayor o menor⁵².

zunächst noch unentschieden bleibt, ob diese Vorstellungen Abbilder subjektunabhängiger Gegenstände eigener Realität und Struktur darstellen oder aber selbst die wahrnehmbare Welterzeugen oder ausmachen.

⁵² Aludiendo al hecho de que el consenso no puede proporcionar una fundamentación última a la verdad, Kaufmann, Arth., *FS f. Schüler-Springorum*, pp. 420-421. También, *El mismo*, *FS. f. Baumann*, p. 126.

4. Reinterpretar la *vinculación de las estructuras del ser en clave de vinculación por el consenso en la representación de las mismas* nos conduciría, así, a un ontologicismo débil, que probablemente no se diferencia demasiado del normativismo relativista. De ahí que deba irse más allá, pues no deja de haber buenas razones para entender que existen todavía espacios indisponibles. En otras palabras, que no todo está abierto al consenso y al disenso. Frente a quienes se detienen en teorías consensualistas/procedimentales de lo verdadero o lo justo, parecen plausibles dos afirmaciones: por un lado, que hay algo que es «la verdad» (empírica) (*adaequatio intellectus et rei*)⁵³ o «lo correcto» (normativo)⁵⁴ con independencia de la constatación de nuestra limitación epistemológica para acceder a ese algo⁵⁵; por otro lado, que los procedimientos discursivos no dejan de ser medios, ciertamente imperfectos pero quizá irrenunciables⁵⁶, para avanzar en tal sentido. Abonando lo anterior, conviene

⁵³ Sobre lo irrenunciable aunque añade que también es insuficiente de la teoría de la correspondencia, Kaufmann, Arth., *FS. f. Baumann*, p. 128.

⁵⁴ Sobre la posibilidad de una «verdad» en el ámbito de lo normativo, Kaufmann, Arth., *FS. f. Baumann*, pp. 123, 124, 127.

⁵⁵ En un sentido similar, Gössel, *FS. f. Miyazawa*, pp. 321-323.

⁵⁶ Sin entrar ahora en mayores detalles al respecto, no deja de ser cierto que los métodos discursivos, en situaciones de comunicación ideal, pueden ser útiles en la medida en que a través de ellos se haga intersubjetiva la aspiración que late en lo hondo de todas las personas de alcanzar la verdad y la justicia.

subrayar que hay realidades empíricas ancladas de modo permanente en el consenso intersubjetivo y (todavía)⁵⁷ no falsadas. Y, asimismo, que hay «realidades» normativas permanentemente instaladas en el consenso intersubjetivo, u otras que han alcanzado dicho consenso recientemente, respecto de las cuales tenemos la convicción de que un eventual disenso futuro carecería de capacidad de alterarlas en su *status* (así lo relativo a los derechos humanos, o al propio concepto base de la dignidad humana)⁵⁸. Parece obvio que todo ello ha de ejercer una vinculación sobre el Derecho penal⁵⁹, el cual,

⁵⁷ Obviamente, la verdad científica es siempre provisional: Popper, *La lógica de la investigación científica* (trad. Sánchez de Zavala), Madrid, 1962, *passim*.

⁵⁸ Lo cual no excluye ciertamente el disenso respecto a algunas de las implicaciones, por ejemplo del concepto de dignidad humana.

⁵⁹ A este respecto, nunca ha dejado de sorprenderme que un autor estimado como uno de los más decididos valedores del ontologicismo en Derecho pena], Armin Kaufmann, acogiera la vinculación de la *Sachlogik* sólo para las estructuras de la teoría del delito, mientras que el ámbito de la Parte Especial y de las penas estaría sujeto, a su juicio, a las valoraciones y los datos empíricos, con la inseguridad derivada del cambio social y de las peculiares necesidades resultantes. Ello es especialmente notable por cuanto, para él, el ámbito axiológico se halla abierto a la argumentación racional desde perspectivas de «plausibilidad», que no dejan de ser, en mayor o menor medida, relativistas. Resulta, en efecto, sorprendente, que la naturaleza de las cosas (y del hombre, en particular) vincule los conceptos juridicopenales de acción, culpabilidad o autoría y, en cambio, carezca de influencia sobre el significado jurídico (y el eventual merecimiento de protección penal, aunque eventualmente pueda faltar la necesidad de tal protección pe-

sin embargo, como se advierte, tiene un significativo espacio de «libertad» en su elaboración conceptual normativa⁶⁰. Ahora bien, asimismo sobre la base de lo expuesto, también resulta claro que no siempre es fácil sentar las derivaciones concretas de tales enunciados «pertenecientes a la *realidad* empírica o normativa» y ponerlos en relación crítica con un determinado sistema de imputación. La discusión abierta de este extremo, junto con la explicitación de las *bases materiales de las reglas normativas de imputación* objetiva, subjetiva y personal, es, a mi juicio, el reto fundamental de la dogmática jurídico-penal moderna, que tanto debe a Claus Roxin.

nal) de la vida humana u otros bienes esencialísimos. Sobre todo ello, Kaufmann, Arm., «Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft», *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, pp. 100-111, pp. 108, 109, 110, 111.

⁶⁰ Reconociéndolo, pese a su postura de entrada antinormativista, Gössel, *FS. f Miyazawa*, p. 330.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN*

I. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO COMO CENTRAL ANTINOMIA EN EL PROCESO PENAL. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA COACCIÓN ESTATAL A LA AUTO-INCRIMINACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LA ESFERA PRIVADA COMO PROBLEMAS QUE SE INTERFIEREN ENTRE SÍ

Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales. A este respecto, el Derecho Procesal Penal alemán muestra una constante lucha entre estas pretensiones contrapuestas. Así, mientras la jurisprudencia, mayoritariamente, se esfuerza en fortalecer la protección del procesado¹, la legislación reciente se inclina siem-

* Traducción de María del Carmen García Cantizano.

¹ Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, más detalladamente Roxin, en *Jauernig/Roxin, 40 Jahre Bundesgerichtshof*, 1991, página 66 y siguientes.

pre a favor de autorizar una continua injerencia en el ámbito privado². Voy a intentar exponer esta evolución en sus aspectos más importantes.

Para ello, quiero diferenciar entre la prohibición de la auto-incriminación obtenida por el Estado de una manera involuntaria y el derecho a un ámbito privado. En realidad, ambos círculos se interfieren entre sí porque, precisamente, la coacción a auto-incriminarse, a menudo, trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, y viceversa, la injerencia estatal en la esfera personal, con frecuencia, lleva a una auto-incriminación involuntaria. A pesar de esta intersección, voy a separar ambos planos y aceptar sin más esta interferencia. No obstante, no toda injerencia en la esfera personal conlleva una auto-incriminación y no toda auto-incriminación involuntaria está unida a una injerencia en el ámbito privado. La jurisprudencia alemana también se ha ocupado de ambos aspectos de este problema, según reglas, en parte, diferentes, de ahí que requieran un análisis especial.

² Sobre la evolución de la legislación, más detalladamente, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25 edición, 1998, parágrafos 71, 72. En breve está por aparecer una traducción al español de la 25ª edición de mi manual realizada por el Profesor Julio Maier y sus colaboradores.

II. *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* (NADIE TIENE QUE ACUSARSE A SÍ MISMO)

1. *El derecho del inculpado a guardar silencio*

El principio de que nadie está obligado a auto-incriminarse en un proceso penal se encuentra recogido en el parágrafo 136 del Código Procesal Penal (StPO), que dice que todo sujeto «es libre de declarar o no sobre el objeto de la causa». Por tanto, existe un derecho a guardar silencio. Una protección frente a la auto-incriminación garantiza este derecho a guardar silencio pero sólo cuando del silencio del inculpado no pueda derivarse para él ninguna consecuencia desfavorable. Porque de lo contrario, sería un silencio auto-inculpatorio.

En un principio, la jurisprudencia alemana admitía considerar el silencio del inculpado como un indicio de su culpabilidad (BGHSt 1, 366). Pero, con razón, hoy es de la opinión de que el principio del «*fair trial*» exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado³. Esto vale, no sólo cuando el procesado guarda total silencio⁴ o niega su autoría⁵, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía⁶ o

³ A este respecto, más detalladamente, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 15, marg. 24 y siguientes, con más información.

⁴ BGHSt 32, 140 (144); 34, 324 (326); OLG Düsseldorf MDR 1988, 796; OLG Hamm NJW 1974, 1880 con numerosa información.

⁵ BGHSt 34, 326.

⁶ BGHSt 20, 281.

en cualquier otro momento concreto⁷. El silencio tampoco podría ser valorado negativamente en el caso, poco probable, de que fuera una persona completamente inocente quien callara en esa concreta situación⁸.

La jurisprudencia alemana admite sólo una limitación: pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en un principio, declara y guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20, 298)⁹. Estoy de acuerdo con esta solución y no veo en ella ninguna forma de obligar a una auto-incriminación. Ya que, quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones¹⁰.

⁷ BGH StV 1983, 321; en otro sentido OLG Oldenburg NJW 1969, 806 con opinión en contrario Guldenpfennig, NJW 1969, 1867.

⁸ BGH StV 1988, 239; 1989, 383; OLG Düsseldorf MDR 1988, 796; Engelhardt, en Karlsruher Kommentar, 4 ed., 1999, párgfo. 261, marg. 39; Gollwitzer, en Löwe/ Rosenberg, 24 ed., 1987, párgfo. 261, Rn. 75; Kleinknecht/Meyer-Gossner, 44 ed., 1999, párgfo. 261, marg. 16; Wessels, JuS 1966, 169 y siguientes.

⁹ En el mismo sentido, OLG Braunschweig NJW 1966, 214; OLG Hamm NJW 1974, 1880.

¹⁰ Véase Roxin, como en la nota 2, paragfo. 15, marg. 26. En el mismo sentido, BGHSt 20, 298 (300). Con comentarios Meyer, JR 1966, 352; OLG Oldenburg NJW 1969, 806; Beulke, Strafprozessrecht, 4ª ed., 2000, marg. 495;

Algunos autores, sin embargo, opinan que el silencio parcial tampoco puede ser usado en contra del procesado¹¹; no puedo adherirme a ellos por las razones que ya he expuesto.

2. La instrucción sobre el derecho a no declarar

También en el parágrafo 136 del Código Procesal Penal se señala que todo funcionario público encargado de un interrogatorio debe de instruir al procesado sobre su derecho a no declarar. Sin embargo, durante largo tiempo se ha discutido bastante sobre las consecuencias que causa el omitir esta instrucción prescrita legalmente.

El Tribunal Supremo Federal alemán, en un principio, consideró este deber de instruir al procesado como una simple disposición reglamentaria (BGHSt 22, 170). Esto implicaba que la declaración que se realizara sin la previa instrucción podía ser valorada en el momento de dictar sentencia en perjuicio del procesado. Con lo que fácilmente la prescripción legal resultaba ineficaz. De este modo se

Engelhardt, en *Karlsruher Kommentar*, 4 ed., 1999, pargfo. 261, marg. 41; Gollwitzer, en Löwe/Rosenberg, 24 ed., 1987, pargfo. 261, marg. 78; Kleinknecht/Meyer-Gossner, 44ª ed., 1999, pargfo. 261, marg. 17; EB. Schmidt, *JZ* 1970, 341; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, pargfo. 29, marg. 11.

¹¹ Así, Kühl, *JuS* 1986, 120 y siguientes; Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, págs. 250 y siguientes; Rüping, *Das Strafverfahren*, 3. ed., 1977, marg. 102; Schneider, *Jura* 1990, 578 y siguientes.

alentaba al funcionario encargado del interrogatorio, que quería obtener una confesión, a dejar de cumplir estrictamente con su obligación de instruir al procesado, ya que su incumplimiento carecía de consecuencias.

Ante la presión de la crítica¹², el Tribunal Supremo Federal, posteriormente (BGHSt 25, 325; 31, 395), admite que no puede valorarse la declaración del procesado cuando tenga lugar en un juicio oral donde el Magistrado haya omitido su deber de instruirle; si a pesar de todo, llegaba a valorarse la declaración, procedía la revocación de la sentencia en casación. Esto supuso un avance¹³, aunque insuficiente, ya que es extraño que un Magistrado incurra en semejante ilegalidad ante la mirada del público. Además, normalmente, el procesado conoce su derecho a no declarar en el juicio oral (ya a través de su abogado, ya a través de una anterior instrucción), así que en ese momento no puede resultar perjudicado en el ejercicio de su derecho por la omisión de la instrucción respectiva. El gran peligro para el principio *nemo -tenetur* gira en torno a la primera declaración policial. En ese momento, el procesado puede ser sorprendido fácilmente y, apro-

¹² Véase, críticamente, sólo Grünwald, *JZ* 1968, 752; Hanack, *JZ* 1971, 168 y siguientes; EB. Schmidt, *NJW* 1968, 1209; Schünemann, *MDR* 1969, 101.

¹³ Un avance que indujo a Hanack (*JZ* 1971, 169) a afirmar que la idea de considerar el deber de instruir al procesado como una disposición reglamentaria irreversible estaría «metódicamente anticuada». Sin embargo, el BGH mantuvo esta posición en relación al parágrafo 136 StPO algo más de 20 años.

vechándose de su desconocimiento legal, conseguirse su confesión, al no haber sido instruido de su derecho a no declarar. De esta manera, el principio *nemo -tenetur* quedaba pues, todavía, insuficientemente protegido.

Sólo la sentencia del Tribunal Supremo Federal de febrero de 1992 (BGHSt 38, 214)¹⁴ ha determinado una nueva orientación fundamental para la jurisprudencia. A partir de ella, el Tribunal ha establecido la prohibición de valorar todas aquellas manifestaciones que hubieran sido realizadas ante la Policía sin la debida instrucción sobre sus derechos. El derecho a no declarar, —es decir, el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra—, de ahora en adelante se cuenta entre los principios fundamentales del Derecho Procesal Penal y se apoya en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14, párrafo 3 g), en la dignidad humana, en los derechos individuales del procesado y en el principio de un proceso limpio. La relevancia que se le atribuye a la mencionada resolución se deriva del hecho de que, por primera vez, el Tribunal Supremo Federal ha incorporado a su jurisprudencia penal gran parte del Derecho comparado¹⁵, permitiendo así que la República Federal garantice ahora, de manera íntegra, el principio *nemo -tenetur* según las normas internacionales. También resulta evidente que el

¹⁴ Con anotaciones de Bohlander, *NStZ* 1992, 504; Fezer, *JR* 1992, 385; Roxin, *JZ* 1992, 923; véase también Kiehl, *NJW* 1993, 501, en el mismo sentido Ramsiek, *StV* 1994, 343.

¹⁵ BGHSt 38, 228 y siguientes.

Derecho holandés ha influido especialmente en dicha sentencia. Todo ello muestra el camino a seguir en el futuro de cara a una internacionalización de la jurisprudencia.

Esta resolución, aparentemente, no contiene ninguna excepción a la prohibición de valorar la declaración del procesado en los casos en los que se ha omitido la instrucción de sus derechos. Pero muchas veces, y a pesar de esta omisión, se permite valorar la declaración del procesado, cuando éste ha podido ejercer su derecho a no declarar o ha aceptado que su declaración se tenga en cuenta, ya sea de manera expresa o tácita¹⁶. Pero con ello no se relativiza la prohibición de valorar la declaración realizada en tales circunstancias, pues, en estos casos, el uso de la declaración se fundamenta en la libre decisión del procesado.

Por el contrario, resulta delicado que pueda afectarse la prohibición de valorar la declaración cuando hay dudas respecto al hecho de si se ha llegado a instruir al procesado¹⁷. Aquí, no es directamente aplicable el principio *in dubio pro reo*, porque la duda no se refiere a la culpabilidad del procesado, sino a la existencia de una grave infracción procesal. Pero cuando lo dudoso es si los principios de la dignidad humana y del «fair trial» se han cumplido, no resulta menos grave que la duda sobre la culpabilidad del procesado. A este respecto, abogo en estos casos por la aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*. De esta forma, se evita la

¹⁶ BGHSt 38, 224 y siguientes.

¹⁷ BGHSt 38, 224.

posibilidad al procesado de anular una confesión voluntariamente realizada, afirmando éste, posteriormente, que no habría sido instruido abiertamente de sus derechos, pues, si el funcionario público levanta un acta sobre la instrucción de los derechos del procesado y su interrogatorio, y ésta se firma, resulta clara la situación probatoria.

Igualmente resulta problemática la limitación que realiza el Tribunal Supremo Federal según la cual la defensa del procesado ya no puede alegar en el recurso de casación la imposibilidad de valorar la declaración del procesado realizada sin haber sido adecuadamente instruido de sus derechos, cuando esta circunstancia no fue alegada en su momento en el juicio oral¹⁸. En virtud de esta solución contradictoria, la obligación de esclarecimiento y de asistencia que pesa sobre el Tribunal quedan reducidas en una extensión cuestionable¹⁹.

¹⁸ Véase, al respecto, BGHSt 38, 214 (225 y siguientes). También BGHSt 42, 15 (22 y siguientes) sobre el incumplimiento del parágrafo 137, igualmente BGH NStZ 1996, 290; con anotaciones adicionales Fezer, StV 1997, 57 respecto al incumplimiento del parágrafo 136 a.

¹⁹ Más detalladamente, Roxin, *Hanack-FS*, 1999, págs. 20 y siguientes. En contra de la solución, también Dornach, *Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens*, 1994, págs. 190 y siguientes; el mismo, NStZ 1995, 57; Dudel, *Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungverboten*, 1998, págs. 67 y siguientes; Fezer, JR 1992, 386; Kiehl, NJW 1993, 501. A favor, no obstante, Widmaier, NStZ 1992, 519; R. Hamm, NJW 1993, 295; 1996, 2185.

3. El derecho a consultar con un abogado

En una sentencia posterior de octubre de 1992 (BGHSt 38, 372)²⁰, el Tribunal Supremo Federal amplía la protección frente a la auto-incriminación realizada por falta de experiencia, mediante el fortalecimiento del derecho a la defensa²¹. A él se refiere también la disposición legal prevista en el párrafo 136 del Código Procesal Penal, donde se obliga a una segunda información: es decir, el imputado tiene derecho «en todo momento, incluso antes de su declaración, a consultar con un abogado de su elección». En el caso concreto de la sentencia, esta información se le dio; pero, cuando el imputado pidió hablar con un abogado, el policía que lo interrogaba le indicó que «él debía saber por sí mismo si quería declarar o no, esta decisión no podía tomarla por él su abogado». De esta forma, se le prohibió consultar con un abogado. El imputado declaró sin haber consultado con un abogado y confesó.

El Tribunal Supremo Federal vio en este caso una violación del derecho a la defensa (párrafo 137 apartado 1 primera frase 1 del Código Procesal Penal) y rechazó la valoración de la confesión como prueba²². Luego, el Tribunal, —como ya hizo antes

²⁰ Con anotaciones, Roxin, *JZ* 1993, 426.

²¹ En general, sobre el presente y futuro de la defensa en el Proceso Penal legalmente instituido, Roxin, *Hanack-FS*, 1999, págs. 1 y siguientes.

²² En la misma dirección se muestra BGHSt 42, 15, donde el BGH admitió una infracción del párrafo 137 y prohibió la valoración de la prueba también en el caso en el que la

con el derecho a no declarar—, ubica también el derecho a la defensa entre los principios que fundamentan la posición del inculcado en el proceso; éste se deduce de la Convención de los Derechos Humanos (artículo 6, apartado 3 c), de forma que el procesado, no sólo es objeto del proceso, sino que puede influir en él por sí sólo, independientemente de su desarrollo y resultado. Aunque la sentencia sólo se ocupa de manera explícita del impedimento a consultar con un abogado, puede deducirse de ella que también omitir instruir al imputado sobre este derecho lleva a impedir valorar procesalmente la declaración que éste realice como consecuencia de esta omisión. Por tanto, también se impide este derecho a consultar con un abogado cuando no se instruye al inculcado respecto a esta posibilidad.

También esta sentencia está en estrecha relación con el principio del *nemo —tenetur*, pues el derecho a la defensa, del que trata, sirve para diferentes intereses del imputado. Pero en cualquier caso, también tiene la finalidad de protegerlo de una auto-incriminación sobre la cual no haya reflexionado lo suficiente. Sólo quien tiene la posibilidad de ser aconsejado por su abogado en el momento de declarar puede responder de la mejor manera posi-

Policía no había ayudado lo suficiente al imputado, regularmente instruido de sus derechos, en la búsqueda de un abogado defensor. Véase, a este respecto, también Beulke, *NStZ* 1996, 257; Müller, *StV* 1996, 358; Roxin, *JZ* 1997, 343. No obstante, más restringida, BGHSt 42, 170, con comentarios Roxin, *JZ* 1997, 343, también, Ventzke, *StV* 1996, 524.

ble a la pregunta de si en el caso en concreto pudo declarar de la forma más pertinente.

4. La protección frente a una auto-incriminación involuntaria

Además, en el Derecho penal alemán, se garantiza la protección frente a una auto-incriminación involuntaria y subrepticia, de tal forma que el párrafo 136 a) del Código Procesal Penal prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado y sanciona la violación de esta prohibición con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración así conseguida. La Ley expresamente menciona entre los métodos prohibidos los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, el engaño, la hipnosis, las coacciones ilegales, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión.

Es importante destacar que la jurisprudencia ha hecho extensiva la idea original del párrafo 136 a del Código Procesal Penal más allá de su tenor literal. De esta forma, el conocido detector de mentiras está prohibido en el Derecho Procesal Penal alemán (BGHSt 5, 332)²³. Por medio de este aparato, se muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de donde se deducen ciertas conclusiones con relevan-

²³ Críticamente al respecto, Undeutsch, ZStW 87 (1975), 650 con anticrítica de Peters, en el mismo, 663.

cia probatoria; porque con ello el imputado resulta forzado, contra su voluntad, a suministrar pruebas contra sí mismo. Pero si el imputado solicita libremente ser sometido al detector de mentiras, no existe un ataque al principio *nemo -tenetur*²⁴; no obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán considera al detector de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso (resolución de diciembre de 1998, BGHSt 44, 308)²⁵.

Aunque según su tenor literal, el parágrafo 136 a sólo es válido para los interrogatorios, la jurisprudencia lo aplica a todos los casos de auto-incriminación no consentida, realizada frente a cualquier autoridad encargada de la investigación criminal. El caso más importante en la práctica es aquél en el que un agente de la Policía, de incógnito, es introducido clandestinamente en la celda de un detenido, obtiene la confianza del sujeto y le sonsaca información sobre el delito, la cual, posteriormente, transmite a la Policía. El Tribunal Supremo Federal ha considerado esto ilícito y ha declarado la información obtenida así como no valorable procesalmente (BGHSt 34, 362)²⁶. Sin embargo, sí

²⁴ Sin embargo, se deja abierto este aspecto por BverfG StraFo 1998, 16.

²⁵ Véase, respecto al valor diagnóstico del resultado del detector de mentiras también Rill/Vossel, *NStZ* 1998, 481, del mismo modo Delvo, *Der Lügendetektor im Strafprozess der USA*, 1981, págs. 54 y siguientes, 93 y siguientes.

²⁶ Con anotaciones de Fenzer, *JZ* 1987, 937; Grünwald, *StV* 1987, 470; Seebode, *JR* 1988, 427; Wagner, *NStZ* 1989, 34.

puede ser lícito emplear contra el procesado la prueba indirecta que se ha conseguido mediante su declaración, que no puede ser directamente valorada en el proceso. Así, en el supuesto descrito, el detenido habría denunciado al espía que tenía un cómplice. En consecuencia, el cómplice fue considerado como testigo y el detenido juzgado en base a su declaración. El Tribunal Supremo Federal declaró esto lícito²⁷; rechazando la doctrina americana «fruit of poisons tree» («Fruta del árbol envenenado»). Esto se fundamenta en que la Policía, probablemente no podía haber encontrado al testigo de otro modo y en que la utilización de la prueba obtenida indirectamente «es necesaria.... para luchar eficazmente contra la delincuencia»²⁸.

Considero esto falso, pues admitir una prueba indirecta, permite pasar por alto el principio *nemo-tenetur*. Cuando alguien confiesa, como consecuencia del engaño que ha sido provocado por el Estado, y su confesión no se usa en el proceso, sino que se usa al cómplice descubierto a través de ella para declarar su culpabilidad, la sentencia que se pronuncie sobre esta base es producto de una auto-incriminación obtenida a través de un medio prohibido. La tesis de que su uso sería necesario para una

²⁷ Desde otro punto de vista, LG Hannover, *StV* 1986, 521; Fezer, *JZ* 1987, 938 y siguientes; Grünwald, *StV* 1987, 472 y siguientes; Seebode, *JR* 1988, 430 y siguientes; Wagner, *NStZ* 1989, 34 y siguientes; Reichert-Hammer, *JuS* 1989, 446 y siguientes; Neuhaus, *NJW* 1990, 1221 y siguientes; Roxin, con en la nota 1, págs. 1 y siguientes.

²⁸ BGHSt 34, 364.

lucha eficaz contra la delincuencia es insostenible; pues, de este modo, podría llegar a desaparecer el mencionado principio del *nemo -tenetur*. Y tampoco la posibilidad teórica de obtener una prueba de otra manera puede impedir que no pueda ser utilizada en el proceso; porque ésta casi siempre existe, haría obsoleta la protección de la prohibición de valorarla procesalmente. En todo caso, sólo la alta probabilidad de que se habría encontrado esta prueba en la etapa de instrucción, sin la confesión del procesado, podría fundamentar la posibilidad de usarla en el proceso²⁹. Espero que ello sirva para que nuestra jurisprudencia se incline por admitir la ampliación del efecto de la prueba prohibida a los «efectos lejanos», en el sentido por mí propuesto.

5. La auto-incriminación ante entidades estatales fuera de un proceso penal pendiente

Según el Derecho alemán, un testigo puede negarse a contestar a una pregunta si la respuesta lo pone en peligro de ser perseguido por la Justicia debido a un determinado hecho delictivo (parágrafo 55 del Código Procesal Penal). Aquí también se amplía al testigo, probablemente culpable, la protección general frente a la obligación de auto-incriminación, antes de que se inicie contra él un proceso penal. Sin embargo, de aquí se deriva el siguiente problema: cuando se inicie un proceso contra el

²⁹ Más detalladamente sobre esto, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 24, marg.. 47, con mayor información.

testigo, ¿puede emplearse la negativa a proporcionar información en el primer proceso en contra suya una vez que se ha convertido en inculcado? Las autoridades encargadas del proceso podrían, por ejemplo, argumentar que, de la negativa a ofrecer información, se deduce que el testigo tendría miedo de las consecuencias penales que una contestación verídica a la pregunta podría tener para él; esto constituiría un importante indicio de la existencia de una efectiva conducta delictiva. El Tribunal Supremo Federal trató por primera vez el problema en mayo de 1992 (BGHSt 38, 302) y decidió que, de la anterior negativa a dar información, no puede deducirse ninguna consecuencia perjudicial para el procesado. Esta es la solución correcta. Ya que la protección frente a la auto-incriminación, a cuyo servicio está el derecho a negarse a contestar, se invertiría si, precisamente, la negativa a dar información pudiera ser utilizada como una carga, con lo que nunca llegaría a ejercerse un derecho tan peligroso y el precepto legal carecería de significado.

Algo diferente es el problema que surge cuando una norma obliga al particular a revelar un hecho criminal por razones de naturaleza no jurídico-penal³⁰. Así, por ejemplo, el deudor insolvente debe informar a sus acreedores y al liquidador sobre su conducta en relación con el procedimiento concursal, cuando ha incurrido en un delito (parágrafo 97, apartado 7, frases 2, 3 de la Ley de Insolvencia). Si

³⁰ Más extensamente, al respecto, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 25, marg. 12.

luego las autoridades encargadas de la persecución criminal convierten esta información en fundamento para un proceso penal, tendríamos un caso en el que se habría obligado al autor de un delito a incriminarse a sí mismo fuera de un proceso penal. La Ley, en relación a una resolución de nuestro Tribunal Constitucional (BverfGE 56, 37), prescribe que esta información no puede ser usada en un proceso penal contra el deudor insolvente³¹.

De otro modo resolvió la jurisprudencia respecto a los solicitantes de asilo (BGHSt 36, 328)³². Un solicitante de asilo, según el Derecho alemán, debe realizar una declaración respecto a la forma y manera en que ha tenido lugar su entrada en Alemania. Según el párrafo 47, apartado 1, número 1 de la Ley de Extranjería, puede ser castigado penalmente el solicitante de asilo si ha entrado sin pasaporte o sin permiso de residencia. Si en el proceso de asilo, declara verídicamente que ha entrado en el República alemana de manera ilegal, esta declaración podría ser utilizada en su contra en un proceso penal³³. Esto no resulta convincente. Pues ciertamente no es punible el solicitante de asilo que se niegue a dar información sobre la forma de su

³¹ Del mismo modo, BGH *NJW* 1991, 2844 en referencia al deber de declarar según el párrafo ⁸⁰⁷ del Código Procesal Civil.

³² Con más amplia información, Ventzke, *StV* 1990, 279.

³³ Del mismo modo, según KG *NStZ* 1995, 146 y BverfG *NStZ* 1995, 599, podría ser valorada procesalmente la declaración auto-inculpatoria de un asegurado, quien la realiza debidamente frente a su compañía de seguros, porque faltaría una obligación estatal de revelarla.

entrada. Pero con ello, por un lado, pone en peligro de manera inadmisibile su solicitud de asilo. Y por otro lado, no resulta convincente que se sancione penalmente al solicitante de asilo si hace públicas, de forma adecuada, las circunstancias de su auto-incriminación (en lugar de callarlas indebidamente).

6. Los límites de la protección frente a la auto-incriminación

Mi explicación dada hasta el momento ha mostrado que, según el Derecho alemán, nadie está obligado a contribuir con la confesión de su culpabilidad a probar su responsabilidad. Al respecto, se debe informar al sujeto que puede consultar con un abogado y puede callar sin que esto pueda valorarse en perjuicio suyo. Una infracción de este precepto o el empleo de medios ilegales para conseguir una confesión hace que la declaración no pueda ser valorada en el proceso. Pero esta protección no está exenta de lagunas, como muestra el rechazo a la ampliación del efecto de la prueba prohibida a los «efectos lejanos» en el sentido por mí propuesto, contrario al criterio jurisprudencial mantenido en numerosas sentencias dictadas en los últimos años.

Pero también hay en Derecho alemán límites a la protección frente a la auto-incriminación. Quisiera referirme brevemente a cuatro importantes aspectos prácticos:

a) El procesado como objeto de investigación

El procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo; sin embargo, —además de la investigación descrita sobre su ámbito privado—, sí debe soportar injerencias corporales, que pueden contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad. Así, según el parágrafo 81 a del Código Procesal Penal³⁴, debe dejarse extraer sangre para aclarar su eventual responsabilidad lo que, para el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (parágrafo 136 del Código penal) se convierte en el medio de prueba más decisivo. Desde 1997 están permitidos también los exámenes genéticos para determinar la responsabilidad de sospechosos (parágrafos 81 e — g del Código Procesal Penal)³⁵. No obstante, se necesita una orden judicial escrita. Por tanto, en la medida en que se impone al procesado una obligación a tolerar, claramente se antepone el interés en averiguar la verdad, al interés del procesado a mantener en secreto su «información corporal» y a excluirla como medio de prueba³⁶.

³⁴ Véase al respecto, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 33, marg. 6.

³⁵ Más ampliamente, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 33, marg.. 7.

³⁶ Según BGH NStZ 1991, 399, la no realización, en el caso dado, del análisis DNA indicado para la declaración de la culpabilidad del autor, lleva a la anulación de la sentencia como consecuencia de la infracción de la obligación legal de declarar del parágrafo 244 II StPO. Por otro lado, el interés en la averiguación de la verdad no disfruta de nin-

b) La obligación de permanecer en el lugar del accidente que recae sobre el causante del mismo

También quiero mencionar un precepto que tiene plena vigencia en Alemania, aunque en algunos casos equivale a una obligación de auto-incriminación: según el parágrafo 142 del Código Penal, el partícipe en un accidente de tránsito debe esperar en el lugar de los hechos y permitir la verificación de su identidad, de su vehículo y de la forma en la que ha tenido lugar su participación; si no lo hace, se hace merecedor de una pena por fuga del lugar del accidente.

Seguramente, aquí no llega a existir directamente una auto-incriminación, pero se exige una autodisposición para la aclaración del caso, lo que acaba siendo, en gran parte, una auto-acusación. Sería algo así como si el Código penal amenazara a un ladrón con una segunda pena si no se queda con su botín en el lugar de los hechos o no esperase la llegada del propietario o de la Policía.

El legislador penal intenta superar el reproche de que aquí existiría una obligación de auto-incriminación aclarando que, no es el interés en la investigación, sino la exigencia particular de indem-

guna superioridad ilimitada y especialmente está delimitado por el principio de la proporcionalidad. En comparación, sobre la toma de manera obligatoria de vomitivos, véase OLG Frankfurt/a.M., NJW 1997, 1647 con observaciones Rogall, *NStZ* 1998, 66 y Grüner, *JuS* 1999, 122.

nización del perjudicado el bien jurídico protegido en este precepto³⁷. Por ello, si el causante del accidente llega a un acuerdo con el perjudicado, podrá marcharse impunemente antes de que llegue la Policía. Pero esto no cambia en nada el hecho de que la obligación de esperar lleva, en la mayoría de los casos, al castigo del sujeto involucrado en un delito de tránsito, quien debe voluntariamente entregarse a la Policía. No niego que esto es lo deseable. Pero precisa más aclaración el sí y el cómo de su compatibilidad con la prohibición de auto-incriminarse³⁸.

c) La auto-incriminación en el ámbito privado y por agentes encubiertos

En el proceso penal alemán también se valoran, sin ningún tipo de límites, las auto-incriminaciones realizadas en el ámbito de relaciones privadas. Es decir, lo que el autor del delito cuenta a sus conocidos o a otros sujetos particulares sobre su crimen, puede usarse para probar su responsabilidad, si llega a oídos de las autoridades encargadas de la investigación. Esto también resulta válido para lo que conversa un detenido con otro en la prisión sobre su delito (BGH NStZ 1989, 32). Asimismo, el resul-

³⁷ Véase, Janiszewski, DAR 1975, 171; Müller-Emmert/Maier, DRiZ 1975, 176, Geppert, BA 1991, 32.

³⁸ Sobre la constitucionalidad del parágrafo 142 StGB véase BverfGE 16, 191; Seib, JR 1986, 397; Arloth, GA 1985, 492 y siguientes; Geppert, BA 1991, 31 y siguientes. Críticamente, Hahn, NJW 1976, 509.

tado de un interrogatorio realizado en privado y sin una previa instrucción de los derechos, puede ser utilizado procesalmente sin más (OLG Karlsruhe NStZ 1989, 287)³⁹. Cuando el gerente de una empresa, tras un robo, «interroga» al empleado, su declaración auto-incriminatoria puede emplearse en el proceso por parte de las autoridades encargadas de la investigación.

Actualmente, el legislador alemán ha dado un paso más allá y, en el ámbito de la criminalidad organizada, en virtud de la Ley de 15 de julio de 1992, permite el uso de agentes encubiertos para los casos más graves y para el caso en que la investigación fuera especialmente difícil (parágrafos 110 a - e del Código Procesal Penal)⁴⁰; éstos son policías, que, con identidad falsa y aparentando ser personas particulares, realizan investigaciones. Aquí tiene lugar algo así como si el Estado, a través de las conversaciones privadas simuladas, buscara obtener información de manera voluntaria y emplearla después como prueba de cargo. Lo que se prohíbe en la celda de los detenidos preventivos (véase *supra* II, 4), puede permitirse en la subcultura criminal.

No puede ignorarse que esta regla contradice los principios fundamentales del Derecho Procesal Penal. Cuando un policía se presenta en su condición oficial, no puede engañar a nadie y debe instruir a todo sospechoso de su derecho a negarse a decla-

³⁹ Con anotaciones Rogall, NStZ 1989, 288.

⁴⁰ Más ampliamente al respecto, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 10, marg. 25 y siguientes.

rar, pero esto ya no resulta válido cuando se presenta con una identidad falsa, en tanto persona particular. La jurisprudencia que ha dado nuestro Tribunal Supremo respecto a la regulación legal de esta práctica se fundamenta en la simple apreciación de que no hay otra posibilidad para luchar contra la criminalidad organizada. Esto es, la autorización del uso de estos medios se basa en la necesidad de aclarar hechos criminales, — una conclusión jurídicamente cuestionable. Los límites con los que ha provisto la nueva Ley a esta disposición muestran que tampoco el legislador tiene, al respecto, buena conciencia. En todo caso, debe decirse que la prohibición de obtener declaraciones autoincriminatorias mediante el empleo de engaño por parte del Estado, en los casos de criminalidad organizada, ha dejado, en parte, de estar en vigor.

Del mismo modo, considero peligroso que la jurisprudencia alemana, después de muchas vacilaciones, haya permitido en el año 1996, con carácter general, el conocido caso de los escuchas (BGHSt 42, 139). Así se nombra el caso en el que la Policía pone a su servicio a personas particulares (la mayoría conocidos del sospechoso) y los usa para descubrir al culpable. Si esto se hace en la creencia de que tendrá lugar una conversación privada con la persona contactada por la Policía, en la que el sospechoso confesará; dicha conversación podrá ser utilizada para probar su responsabilidad. En mi opinión, ello es absolutamente rechazable⁴¹, porque

⁴¹ Más detalladamente, Roxin, *NStZ* 1995, 465, y *NStZ* 1997, 18. También en el mismo sentido de rechazo, Bernsmann,

se elude la obligación de la Policía de instruir al procesado de su derecho a negarse a declarar y de su derecho a consultar con un abogado.

d) Declaraciones espontáneas y preguntas informales

Finalmente, no existe tampoco ninguna protección frente a la auto-incriminación en los casos de manifestaciones espontáneas. Es decir, cuando alguien, fuera de un interrogatorio, se acusa frente a la Policía de un delito, puede emplearse esta declaración en su contra, aunque no haya sido instruido de sus derechos⁴². Tampoco las preguntas que se realizan sobre los detalles del hecho y que realiza el policía a quien se ha llamado al lugar del suceso, sin que exista aún ningún imputado, constituyen interrogatorio, ni requieren una instrucción previa de derechos⁴³. Si alguien, frente a estas preguntas de orientación, realiza declaraciones inculpatorias, podrán éstas ser utilizadas en un proceso. La obligación de instruir respecto a los derechos del imputado, con el consiguiente efecto de no poder ser usada procesalmente la declaración realizada sin una previa instrucción, nace cuando alguien pasa de ser considerado testigo a imputado. Esto sucedería ya

StV 1997, 116; Renzikowski, *JZ* 1997, 710. Por el contrario, al igual que el BGH, a favor, Verrel, *NStZ* 1997, 363, 415.

⁴² BGH *NStZ* 1990, 43, con observaciones en contra Fezer, *StV* 1990, 195; OLG Stuttgart *MDR* 1977, 70.

⁴³ BGHSt 38, 227 y siguientes.

en el caso en que se preguntara a alguien sobre el que recae ya una concreta sospecha. No es preciso, por tanto, una incriminación formal o una designación concreta como «imputado».

III. LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO PRIVADO

1. Derechos legales de injerencia

Según el Derecho Procesal Penal alemán, en general, el ámbito privado se protege frente a toda injerencia estatal; sin embargo, esta protección que ofrece el legislador debe ponderarse con el interés del Estado en la averiguación de la verdad. Esto significa que la injerencia en el ámbito privado sólo está permitida en tanto está autorizada expresamente por el legislador. La ley prevé algunas formas de injerencia, como la confiscación (parágrafos 94 y siguientes del Código Procesal Penal), el registro (parágrafos 102 y siguientes Código Procesal Penal) y la intervención telefónica (parágrafos 100 a - b Código Procesal Penal)⁴⁴. No obstante, no están permitidas estas injerencias de forma absoluta, sino que están vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, en las cuales se pone de manifiesto el equilibrio que existe entre el interés en la investigación criminal y la protección de la persona. Así, por ejemplo, una intervención telefónica sólo puede ser dispuesta para

⁴⁴ Más extensamente sobre estas medidas coactivas, Roxin, como en la nota 2, párgfos. 34, 35.

delitos muy graves, enumerados específicamente por la Ley. El permiso sólo puede ser dado a través del juez, en casos particulares, y con la presencia del Ministerio Público; esta autorización judicial debe ejecutarse en el plazo de tres días.

Estas reglas de delimitación precisa traen como consecuencia que no puedan usarse procesalmente los medios de pruebas obtenidos si no se han cumplido los preceptos legales. Si, por ejemplo, la Policía ha dispuesto una intervención telefónica, la prueba conseguida no podrá usarse en el proceso⁴⁵. Tampoco pueden emplearse procesalmente las pruebas obtenidas a través de una intervención telefónica cuando se trate de delitos respecto a los cuales no está permitida la intervención y sobre aquéllos que no están en conexión con los delitos respecto a los cuales se ha autorizado la intervención (párrafo 100 b V Código Procesal Penal)⁴⁶. Si, por ejem-

⁴⁵ BGHSt 31, 304 con anotaciones a favor, J. Meyer, *NStZ* 1983, 466.

⁴⁶ 100 b V StPO sólo fue incluido en el texto de la OrgKG de 15.07.1992 para aclarar la norma, sin que por ello hubiera la intención de cambio frente a la actual jurisprudencia (BT-Drucks. 12/989, 38). Ésta es objeto de comentarios, véase al respecto, BverfG *NStZ* 1988, 32; BGHSt 26, 298; 27, 355; 28, 122; 31, 296; 32, 10, 68; Wolter, *NStZ* 1984, 276; Gössel, *NJW* 1981, 649, 654 y siguientes; el mismo, *JZ* 1984, 361 y siguientes; Schlüchter, *NStZ* 1984, 373; Rogall, *NStZ* 1988, 385. Más ampliamente sobre la valoración probatoria de los hallazgos casuales en el marco de la intervención telefónica, Roxin, como en la nota 2, & 34, Rn. 32 y siguientes, también Nack, en *Karlsruher Kommentar*, 4 ed., 1999, párrafo. 100 a, marg.. 41 y siguientes.

plo, se ha intervenido el teléfono de un sospechoso en un delito de tráfico ilícito de drogas agravado, pero la intervención sólo prueba un robo o una estafa cometidos por el sospechoso, no puede ser utilizado este material en su contra.

Sucedió una vez que el delincuente, cuya comunicación telefónica estaba intervenida de forma lícita, se olvidó de colgar el teléfono. De esta manera, las autoridades encargadas de la investigación escucharon la conversación del matrimonio intervenido mientras comían, lo que les llevó a averiguar su negocio de tráfico ilícito de drogas. El Tribunal Supremo Federal también prohibió el uso de este material (BGHSt 31, 296)⁴⁷ porque no se había otorgado una autorización especial para escuchar en una vivienda particular una conversación distinta a la telefónica. De esta forma, la jurisprudencia alemana ha desarrollado una rica casuística, la cual permite equilibrar de forma razonable el interés en la búsqueda de la verdad, —o como expresa una frase usada a menudo: «la necesidad de una eficaz función protectora del Derecho penal»—, y la protección del individuo⁴⁸.

⁴⁷ Con observaciones, en su conjunto, a favor, Amelung, JR 1984, 256; Geerds, *NStZ* 1983, 518; Gössel, *JZ* 1984, 361.

⁴⁸ En tanto el Derecho Procesal Penal es también, en su aplicación práctica, el sismógrafo de la Constitución, véase, Roxin, como en la nota 2, párgfo. 2, marg. 1.

2. Injerencia en el ámbito personal no prevista por las normas legales

a) La teoría de los dos niveles del Tribunal Constitucional

Las dificultades más grandes para el derecho de la prueba se suscitan allí donde las autoridades encargadas de la investigación criminal obtienen medios de pruebas especialmente privados o íntimos, sin que el modo de su obtención infrinja prescripción legal alguna⁴⁹. Así, por ejemplo, se entrega a las autoridades una cinta realizada por un particular en la que el procesado se manifiesta de forma delictiva o informa de hechos delictivos cometidos por él anteriormente. O la Policía consigue, mediante el envío de un tercero, el diario del procesado, en el que narra sus crímenes o suministra otras pruebas contra sí mismo; o encuentra el diario bajo los papeles incautados legalmente.

Tales casos, para los que no hay en el Código Procesal Penal alemán ninguna disposición expresa, se tratan en Alemania según reglas que el Tribunal Constitucional ha deducido directamente de los derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente, de la dignidad humana (artículo 1 de

⁴⁹ A este respecto, más ampliamente, Baumann/Brenner, *Die strafprozessualen Verwertungsverbote*, 1991, págs. 156 y siguientes; Küpper, *JZ* 1990, 416; Roxin, como en la nota 1, págs. 78 y siguientes; el mismo, como en la nota 2, párgfo. 24, marg.. 41 y siguientes; U. Schroth, *JuS* 1998, 979 y siguientes, además con más amplia información.

la Ley Fundamental) y del libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, apartado 1 de la Ley Fundamental). A este respecto, es decisiva la teoría de los dos niveles desarrollada por el Tribunal Constitucional (BverfGE 34, 238)⁵⁰. Según ella, debe diferenciarse entre un ámbito nuclear dentro de la vida de una persona y el simple ámbito privado. Los medios de prueba referidos al ámbito más interno de la personalidad no pueden ser utilizados procesalmente, mientras que, en relación al resto del ámbito privado, el criterio judicial, respecto al uso de dicho medio de prueba, deberá decidir entre el interés estatal en la investigación o la protección de la persona.

Para decirlo con las mismas palabras que el Tribunal Constitucional: la Ley Fundamental, esto es, la Constitución alemana, garantiza «al ciudadano particular un ámbito intangible dentro de su vida privada,..., el cual está sustraído de la intervención del poder público... El interés predominante de la generalidad no puede justificar una injerencia en ese núcleo totalmente protegido de la vida privada; no puede realizarse ninguna comparación entre ambos según la medida que impone el principio de proporcionalidad» (BverfGE 34, 245). Sin embargo, en tanto no se afecte «el ámbito intangible de la vida privada», hay que ponderar entre el interés en la averiguación de la verdad y el interés del procesado en la protección de su ámbito privado.

⁵⁰ Sobre las dificultades de la aplicación práctica de esta teoría, véase, Hofmann, *JuS* 1992, 591, como también, en general, Wolter, *NStZ* 1993, 1 y siguientes.

b) La jurisprudencia sobre el núcleo intangible de la vida privada

¿Qué significa esto en la práctica? Debe afirmarse que la información respecto a la esfera íntima, en principio, no puede ser usada en un proceso. A este respecto, se debe incluir la información sobre enfermedades, experiencias sexuales, pero también sobre ideas y conflictos internos que sólo son confiados a registros privados. Así, cuando un drogodependiente habla sobre su adicción en una carta que no ha enviado a su médico, permitiendo así concluir la comisión de un delito relacionado con la droga, no puede usarse esta información en un proceso (BayObLG NStZ 1992, 556). Si una joven describe en un diario una relación íntima, este dato no puede utilizarse para una condena por perjurio aunque haya negado bajo juramento esta relación en un proceso anterior (BGHSt 19, 325). Cuando la esposa describe en notas personales la actividad delictiva de su esposo, éstas no pueden usarse para probar su responsabilidad (LG Saarbrücken, STV 1988, 480).

Sin embargo, la teoría del núcleo plantea dudas cuando se trata de delitos en su forma más grave. En el año 1985 tuvo lugar un caso en el que una mujer, mientras descansaba en el césped, fue asesinada por la espalda con un hacha. El acusado, bajo sospecha de ser el autor, fue finalmente condenado por ello porque, en unas notas personales, sin referencia al hecho concreto, había puesto de manifiesto su dificultad con las mujeres y su inclinación a realizar actos sexuales violentos, a lo que nunca se había resistido.

Para mí no resulta cuestionable el que lo escrito por el procesado respecto a sus problemas sexuales y a sus inclinaciones criminales afecta al ámbito más interno de su persona, así que, según los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional, la narración no debiera haber sido usada en el proceso. El precio de esta solución, sin embargo, hubiera sido muy alto: se tendría que haber absuelto a un acusado cuyo asesinato había sido demostrado ante el Tribunal. Este precio no ha querido ser pagado por nuestros Tribunales. En el caso descrito, el Tribunal Supremo Federal, en una sentencia de julio de 1987 (BGHSt 34, 397)⁵¹, ignoró completamente la teoría del núcleo del Tribunal Constitucional y se centró en valorar aquello que el Tribunal Constitucional permitía respecto a la injerencia en el simple ámbito privado, con el argumento de que tras la «ponderación entre los derechos del individuo, por un lado, y la exigencia de protección del Derecho penal», por otro, debía permitirse el uso de lo escrito en el diario, porque el asesinato es «uno de los delitos más graves» (BGHSt 34, 401).

El caso llegó después, en el año 1989, ante el Tribunal Constitucional (BverfGE 80, 367). De los ocho Magistrados del pleno, cuatro votaron a favor y cuatro en contra de valorar lo escrito en el diario. Al haber un empate, no pudo declararse la inconstitucionalidad de la resolución, por lo que el resultado fue la validación de la sentencia recurrida. Los cuatro Magistrados partidarios de valorar

⁵¹ Al respecto, Plagemann, *NStZ* 1987, 570 y Geppert, *JR* 1988, 471.

el diario en el proceso, afirmaban que lo escrito «no pertenecía al ámbito de protección absoluta de la vida personal», porque el acusado había redactado sus ideas y «de esta forma habían salido del ámbito interno de su exclusivo dominio», y dado que el contenido «sobre la esfera jurídica de su autor salió, su trascendencia afecta a la colectividad de manera permanente» (BverfGE 80, 376)⁵².

Considero insuficiente esta argumentación ya que prácticamente anula el reconocimiento de un ámbito humano interno, el cual también es intangible para el Estado; pues las ideas que no salen del ámbito interno de la persona, sino que se conservan en su propio interior, y que además no trascienden de manera duradera a la colectividad, no precisan protección frente a la intervención estatal porque, desde un principio, no están al alcance del Estado y tampoco le interesan.

Sin embargo, otros cuatro Magistrados asumieron la opinión contraria y consideraron la valoración procesal de las notas un ataque contra la dignidad humana. Estas contienen «un monólogo íntimo», que está sustraído de toda injerencia estatal. Se decía en el voto particular de estos cuatro Magistrados: «Igual que un acusado tiene un derecho constitucional a no declarar frente a una acusación penal, en los mismos términos y de forma ilimitada también está protegido, constitucionalmente, de ser

⁵² Así también, Beulke, como en la nota 10, marg. 473. Sobre la valoración de la prueba en general, también, Geppert, *JR* 1988, 471 y siguientes, Rogall, *ZStW* 103 (1991), 931, nota 147.

confrontado contra su voluntad, en un proceso penal, con aspectos de su vida que conciernen a su ámbito personal interno; lo que prohíbe una disposición sobre su propio YO que incumbe a la persona y que elimina su dignidad...» (BverfGE 80, 382 y siguientes). También, la mayoría de la literatura científica rechaza la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Federal y por el Tribunal Constitucional de permitir el uso procesal de las notas⁵³. La discusión latente muestra que la sentencia trata sobre la protección del ámbito más íntimo de la persona, un problema sobre cuya solución nuestra jurisprudencia aún no ha dicho su última palabra.

c) La jurisprudencia referida al ámbito privado en general, no al núcleo más íntimo de la persona

El uso procesal de medios de prueba relacionados al mero ámbito privado, allí donde el legislador no se ha pronunciado, está sujeto a una valoración judicial. En relación con esta valoración, la jurisprudencia ha tratado el tema, sobre todo, de las grabaciones realizadas en secreto por particulares, y con cuya ayuda se pueden probar determinados delitos. En general, los Tribunales, en relación a los delitos más graves, han dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los

⁵³ Así Berkemann, *JR* 1990, 226; Geis, *JZ* 1991, 112; Küpper, *JZ* 1990, 420; Lorenz, *GA* 1992, 254; Rolf Schmidt, *Jura* 1993, 591; Störmer, *NStZ* 1990, 397; Wolter, *Meyer-GS*, 1990, 493; el mismo, *StV* 1990, 175.

menos graves, por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado⁵⁴.

Una sentencia del Tribunal Supremo Federal del año 1989 contempló el caso en el que dos hombres de negocios hablaban sobre un gran incendio que planeaban (parágrafo 306 del Código Penal). Uno de los dos hombres de negocios grabó la conversación de forma secreta y más tarde la aportó al Tribunal como prueba. Aunque la realización de grabaciones secretas sobre conversaciones privadas está sancionada penalmente, según el Derecho alemán (parágrafo 201 del Código Penal), el Tribunal Supremo Federal aceptó la grabación como prueba (BGHSt 36, 167)⁵⁵. La conversación de dos hombres de negocios no se encontraría en el ámbito intangible por antonomasia de la vida personal y, respecto a la consiguiente lícita valoración, merecería primarse el interés en la averiguación de la verdad, frente a la protección de la vida privada, porque el incendio cualificado es un delito grave castigado con pena privativa de libertad de hasta quince años.

Respecto a los delitos menos graves, por el contrario, se dispone la primacía de la protección del ámbito privado. Así, el Tribunal Supremo Federal

⁵⁴ En general, se debe valorar, por un lado, la importancia del reproche del hecho y la imposibilidad de renunciar a la prueba, así como el rango de los derechos fundamentales en cuestión, y, por otro, la importancia del concreto ataque. Véase, BGH NStZ 1994, 350, con anotaciones Lorenz, *JR* 1994, 430.

⁵⁵ Con anotaciones en contra, Joerden, *Jura* 1990, 633 (642 y siguientes).

ha rechazado el uso procesal de una grabación oculta que podía emplearse como prueba de un delito de perjurio (BGHSt 14, 358). De manera análoga, el Tribunal Superior de Baviera rechazó como prueba una grabación que podía demostrar la comisión de un delito de difamación y calumnia (BayObLG NStZ 1990, 101)⁵⁶.

3. *Las «grandes escuchas»*

Después de que en 1992, se permitieran las escuchas secretas de conversaciones con ayuda de medios técnicos fuera del domicilio («pequeñas escuchas», parágrafo 100 c apartado 1, Número 2 Código Procesal Penal); en 1998, después de una larga y controvertida discusión, también se permitió la escucha en domicilios privados, bajo estrictas condiciones («grandes escuchas», parágrafo 100 c apartado 1, número 3 Código Procesal Penal)⁵⁷. Así, puede ser autorizada la vigilancia acústica de un domicilio particular, durante determinado plazo, en casos de sospecha de un determinado delito grave, por una Sala especial de lo Penal, (en Perú = Sala Superior Penal), (en casos de urgencia, también por su Presidencia), cuando la aclaración del hecho fuera extraordinariamente difícil o imposible. En relación a titulares de secretos profesionales (como por

⁵⁶ De la misma manera, BayObLG NStZ 1992, 556, sobre la valoración probatoria del contenido de una carta escrita por el procesado a su médico, que no le fue remitida.

⁵⁷ Más ampliamente, sobre el uso de medios técnicos en la persecución penal, ROXIN, como en la nota 2, párgfo.10, marg.. 23 y siguientes, con numerosas anotaciones.

ejemplo, abogados y médicos) no está permitida la vigilancia domiciliaria.

A pesar de estas limitaciones, la norma citada es muy criticada porque no sólo perjudica puntualmente el ámbito privado doméstico, (como sucede respecto a los registros domiciliarios, confiscaciones y escuchas telefónicas), sino que la anula por completo⁵⁸. Cada manifestación acústica, —hasta dentro del dormitorio—, es controlada por el Estado. Considero esto como un ataque a la dignidad humana. Independientemente de ello, puede augurarse poco éxito a tales medidas, porque las personas interesadas sostienen sus conversaciones relevantes penalmente fuera del domicilio o encuentran medidas electrónicas u otras formas de protección frente a las escuchas.

IV. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

Mi exposición ha puesto de manifiesto que la legislación y la jurisprudencia alemanas garantizan, hasta ahora, de una forma relativamente amplia, pero no completa, la protección del procesado frente a una auto-incriminación involuntaria consigui-

⁵⁸ Fundamentalmente crítico también Dittrich, *NStZ* 1998, 336. A favor de un planteamiento limitado, al menos, a la conformidad constitucional, Denninger, *StV* 1998, 401; MOMMSEN, *ZRP* 1998, 459; Nack, en *Karlsruher Kommentar*, 4 ed., 1999, párgfo. 100 c, marg.. 44. En contra, no obstante, Kleinknecht/Meyer-Gossner, 44 ed., 1999, párgfo. 100 c, marg. 11.

da por el Estado. Frente a esto, el ámbito **privado**, esto es, en su aspecto básicamente más **interno**, puede ser considerado intangible, pero, también, **sin** lógica alguna, puede ser objeto de valoración en caso de preponderancia del interés estatal en la **averiguación** de la verdad. En casos particulares, estos principios no siempre se cumplen sin contradicciones. Por lo que respecta al legislador, esto tiene su origen en que, a menudo, se deja llevar por las tormentas políticas cambiantes diariamente, mientras que la jurisprudencia debe partir del caso particular, perdiendo de vista, a veces, la perspectiva de conjunto. También a veces, la legislación y la jurisprudencia siguen tendencias diferentes.

Sin embargo, respecto a todo lo que se ha tratado en cada apartado en particular, y en cuya crítica me he ocupado, la jurisprudencia alemana marcha por un camino sensato; respecto a la legislación alemana estoy menos seguro, tal y como pueden mostrar mis observaciones sobre los agentes encubiertos y sobre las escuchas. Así, la jurisprudencia llega allí donde la ley escrita calla y debe seguir desarrollándose en su producción jurídica en referencia a sus dos fuentes principales de conocimiento, cuya consulta considero muy fructífera. La primera consiste en los derechos fundamentales de nuestra Constitución, los cuales son idénticos a los derechos humanos y al derecho a la libertad reconocidos en la mayor parte del mundo. La segunda es el Derecho comparado, esto es, la orientación hacia estándares internacionales. Particularmente, el Derecho Procesal Penal angloamericano ha influido considerablemente en la jurisprudencia alemana tras la guerra; por ejemplo, la exigencia del «fair

trial» reconocida como uno de los principios más importantes de nuestro proceso⁵⁹. Ambas fuentes de conocimiento son guías para una cultura jurídica universal, en cuya posibilidad creo incluido mi tema.

De cara a un esfuerzo más amplio, esto significa en este ámbito: que los procesalistas de todos los países deberían comparar las soluciones a los problemas que ofrecen los diferentes ordenamientos jurídicos sobre el tema aquí tratado, y sobre la base de un consenso general sobre el papel del Derecho penal y los derechos fundamentales del hombre irrenunciables, elaborar las directrices válidas para la protección frente a la auto-incriminación involuntaria y garantizar el derecho a la esfera privada. Cuando estas directrices permitan cambiar la jurisprudencia de los Estados particulares en su práctica cotidiana y sus decisiones sean controladas por Tribunales internacionales, que, en parte ya existen (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en parte aún están pendientes de creación, algo se lograría para la imposición de un Derecho Procesal Penal humanitario y no obstante efectivo, así como para la siempre importante unificación jurídica internacional.

⁵⁹ Más detalladamente, Roxin, como en la nota 2, párgfo.11, marg. 9 y siguientes.

